THÈSE DE
CAEN.
1886
N°. 1.

FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

DROIT ROMAIN

DES RES RELIGIOSÆ & DU JUS SEPULCRI

DROIT FRANÇAIS

INHUMATIONS & SÉPULTURES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue le Jeudi 25 Novembre 1886, à trois heures du soir

PAR

Ernest BONDUEL

Avocat

Lauréat de la Faculté libre de Lille

1re MÉDAILLE (1883), 1re MÉDAILLE (1884)

Président : M. LEBRET, PROFESSEUR.

Suffragants : MM. CAREL, PROFESSEUR.
TOUTAIN, PROFESSEUR.
VILLEY, PROFESSEUR.

LILLE
IMPRIMERIE VICTOR DUCOULOMBIER
78, rue de l'Hôpital-Militaire, 78

1886

A LA MÉMOIRE DE MON PÈRE

A MA MÈRE

A MES PARENTS

A MES PROFESSEURS

de la Faculté libre de Droit de Lille

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41542701_0024

FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

DROIT ROMAIN

DES RES RELIGIOSÆ & DU JUS SEPULCRI

DROIT FRANÇAIS

INHUMATIONS & SÉPULTURES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue le Jeudi 25 Novembre 1886, à trois heures du soir

PAR

Ernest BONDUEL

Avocat

Lauréat de la Faculté libre de Lille

1re MÉDAILLE (1883), 1re MÉDAILLE (1884)

Président : M. LEBRET, PROFESSEUR.

Suffragants : MM. CAREL, PROFESSEUR.
TOUTAIN, PROFESSEUR.
VILLEY, PROFESSEUR.

LILLE
IMPRIMERIE VICTOR DUCOULOMBIER
78, rue de l'Hôpital-Militaire, 78

1886

BIBLIOGRAPHIE DU DROIT ROMAIN

Accarias. Précis de Droit Romain. I. 96, 190 et s. II. 952, 858 et passim. *Paris* 1879.

Allard (Paul). Domaines funéraires païens et chrétiens. *Rouen* 1879.

Bartholi (Pet. Sancii) et Bellorii (Jooan Pet.) Veterum sepulcra seu mausolea Romanorum (thesaurus a Joan. Grævio. Vol. XII. *Leyde* 1694).

Boissier (Gaston). La religion romaine d'Auguste aux Antonins. *Paris* 1878.

Bosio (Antonio). Roma soterranea. *Roma* 1632.

Bouché-Leclercq. Les Pontifes de l'ancienne Rome. *Paris* 1871.

Bretonnier sur Henrys. Du droit de sépulture. (Tom I de ses œuvres, p. 131). *Paris* 1772.

Brisson. Selectarum ex jure antiquitatum Lib. II, cap. XIV. De jure sepulcrorum. Ex officina sanctandreana. 1585.

Cauvet (Jules). Le Droit Pontifical chez les anciens Romains dans ses rapports avec le Droit Civil. *Caen* 1869.

Dezobry (Ch.). Rome au siècle d'Auguste. Tome IV. *Paris* 1846.

Dulphus (Florian). De sepulcris, epitaphis et defunctorum monumentis. *Bonon.* 1641.

Fabre. Rationalia (passim et spec. Lib. XI, tit. 7 de religiosis.) 1619.

Ferrini. Archivio Giuridico. XXX. 1883, p. 476 et suiv.

Feydeau (Ernest). Histoire des usages funèbres et des sépultures des peuples anciens. *Paris* 1856-58.

Friedloender. Rome depuis Auguste jusqu'à la fin des Antonins (Traduction de Ch. Vogel). *Paris* 1865.

Fustel de Coulanges. La Cité antique. *Paris* 1876.

Godofredus (Jac.) Thes. Otto III, p. 333. De cenotaphio diatriba. *Basileœ* 1741.

Godofredus (Jac.) Commentaire du Code thé, odosien au Lib. IX, 17. De sepulcris violatis.

Gorii (Ant. Franc.) Descriptio monumenti sine columbarii libertorum et servorum Liviœ Augustœ et Cœsarum (thesaurus a Joanne Poleno. *Venetiis* 1757.)

Gruteri (Jani). Inscriptiones antiquæ totius orbis Romani. *Amsterdam, Halma* 1707.

Guichard (Claude). Funérailles et diverses manières d'ensevelir les Romains. *Lyon* 1581.

Gutheri (Jac.) De Iure Manium. *Paris* 1615.

Hartung (V.-J.-A.) Die Religion der Rœmer. *Erlangen* 1836.

Huscke (E.) Die Multa und das Sacramentum. (Sepulcral multen, chap. IV, p. 303-343.) *Leipzig* 1874.

Hubner (C.-G.) Historiæ legum Romanarum ad sepulturas pertinentium. Specimen I et II. *Lipsiœ* 1725.

Kirchmani (Johan). De funeribus Romanorum. *Francofurti* 1772.

Labatut (E.) Les funérailles chez les Romains. *Paris* 1878.

Laurentii (J.) De funeribus antiquorum (thesaurus a Joan. Grævio. Vol. XI. *Leyde* 1694.)

Marquardt et Th. Mommsen. Handbuch der Romïschen alterhümer. *Leipzig* 1877.

Matthœi (Antonii). De criminibus commentarius. (ad Lib. XLVII et XLVIII Dig.) *Antwerpiæ* 1761.

Meursii (Joan). De funere Romanorum. *Hagœ Comitis* 1604.

Minutoli (Julii). Dissertatio de sepulcris. (Thes. de Sallengre, I, p. 126 et s. *La Haye* 1716.)

Mispoulet. Les institutions politiques des Romains. *Paris* 1882-1883.

Mommsen (T.) Corpus inscriptionum latinarum. *Berlin* 1863.

Mommsen (Th.) De collegiis et sodaliciis Romanorum. (Collegia funeraria, p. 87-106.) *Kiliœ* 1843.

Montfaucon (Dom Bernard de). L'antiquité expliquée et représentée en figures. *Paris* 1719. Supplément, *Paris* 1724.

Onuphrius Panvinius. De ritu sepeliendi apud veteres christianos. *Low*. 1672.

Orelli et G. Henzen. Inscriptionum latinarum selectarum amplissima collectio. *Zurich* 1828-1856.

Platz (Georg. Christ). Dissertatio de Iure sepulcrorum. *Lip*. 1725.

Preller (L.) Les dieux de l'ancienne Rome. Traduction française de L. Dietz. *Paris* 1866.

Quenstedius (Joan. Andr.) Sepulcra veterum (thesaurus a Joanne Grævio. Vol. XI. *Leyde* 1694.)

Rossi (J.-B.) Existence légale des cimetières chrétiens. Revue archéologique 1866.

Rossi (J.-B.) Roma soterranea Christiana. 1864-1877.

Revue des Deux Mondes.

Boissier (Gaston). La Religion romaine dans Virgile. 1er Mars 1873.

Boissier (Gaston). La vie future dans Virgile. 1er Juin 1873.

Carrau. Origines des croyances à la vie future. 1875, VI, p. 557.

Baudrillart. Le Faste funéraire et son développement historique. 1877, II, p. 378 et 557.

Martha (C.) L'oraison funèbre chez les Romains. 1877, III, p. 654.

Caro. Les idées antiques sur la mort. 1878, VI, p. 86.

DROIT ROMAIN

Étude sur les Res Religiosœ et le Jus Sepulcri

INTRODUCTION

« Tous les peuples, civilisés ou sauvages, confièrent à la religion la garde de leurs tombeaux. Elle veillait sur les générations éteintes, comme une mère sur ses enfants endormis, elle les protégeait contre l'oubli, elle les environnait d'un pieux respect. » Ces lignes, qu'écrivait La Mennais en 1819 (1), éminemment vraies pour toutes les nations, paraissent s'appliquer surtout et avec plus de vérité à la nation Romaine.

Cette dernière honora toujours ses morts d'un culte particulier. Elle leur voua un respect et une vénération que l'on ne retrouve au même degré chez aucun autre peuple; et, si l'on peut juger de la vitalité et de la force d'une croyance par ses manifestations extérieures, il

(1) Conservateur, 1819.

faut bien reconnaître que le culte des morts qui a laissé à Rome et autour de Rome tant de souvenirs, était profondément enraciné dans les mœurs romaines.

C'est ce culte, ou plutôt son influence sur la condition de la propriété, les conséquences juridiques qu'il engendra à ce point de vue, que nous voulons examiner dans cette courte étude.

Mais auparavant, il nous paraît utile, indispensable même, de jeter un rapide coup d'œil sur l'idée que les Romains se faisaient de la mort, et de voir comment ils envisageaient les honneurs qu'ils rendaient aux cadavres. En effet, « Regardez les institutions des anciens, sans » penser à leurs croyances, vous les trouverez obscures » et inexplicables.... Mais en présence de ces institutions » et de ces lois, placez les croyances, les faits devien- » dront aussitôt plus clairs, et leur explication se présen- » tera d'elle-même. Si en remontant aux premiers âges » de cette race (des Romains), c'est-à-dire au temps où » elle fonda ses institutions, on observe l'idée qu'elle se » faisait de l'être humain, de la vie, de la mort, de la » seconde existence, on aperçoit un rapport intime » entre ces opinions et les règles antiques du Droit » Privé. » (1)

La croyance que la vie persiste après la mort, n'est pas de celles qui naissent tard chez un peuple et qui sont le fruit de l'étude et de la réflexion ! Les Romains

(1) Fustel de Coulanges, Cité Antique, p. 3.

n'avaient pas attendu Pythagore et Platon pour être assurés que l'homme ne meurt pas tout entier. De toute antiquité, nous dit Cicéron (1), on rencontre à Rome la croyance à une seconde existence. Toute la liturgie funèbre des Romains témoigne de la foi antique à une autre vie.

Mais comment se la représentaient-ils ? Leurs idées sur ce point ne restèrent pas toujours les mêmes. Elles varièrent d'une époque à l'autre, et leur transformation présente une évolution lente mais progressive, très intéressante à suivre. Il y eut des alternatives de foi et d'incrédulité, et après des périodes de scepticisme presque général, des retours complets vers la religion nationale.

On n'arriva pas tout d'abord à séparer l'âme et le corps; on supposa qu'ils continuaient à rester fixés l'un à l'autre, et que la seconde existence s'accomplissait sous la terre dans le tombeau. De là, des usages, des préjugés bizarres qui survécurent aux idées qui leur avaient donné naissance, mais dont il faut aller chercher dans ces croyances primitives la véritable explication. On prête aux défunts les mêmes goûts que ceux qu'ils avaient sur la terre avant leur transformation.

. . . . . Quœ gratia currum
Armorumque fuit vivis, quœ cura nitentes
Pascere equos, eadem sequitur tellure repostos (2).

On donne dans son sépulcre au guerrier ses armes, aux femmes leurs parures, à l'enfant ses jouets. On place sur leur tombe les fleurs qu'ils ont aimées, pour que le

(1) Tuscul. I. 12.
(2) Eneide. VI, v. 653

parfum en descende jusqu'à eux. On leur suppose les mêmes besoins que lorsqu'ils étaient sur cette terre; ils ont faim, ils ont soif, et ces besoins exigent impérieusement une satisfaction qui ne peut venir que des vivants. De là les repas funèbres destinés aux morts ; on leur porte du pain, du vin, divers aliments, avec des ustensiles de table comme pour un festin. On entoure leur dernière demeure de jardins et de bosquets, de telle sorte que s'ils se levaient tout-à-coup de leur tombeau, ils retrouveraient immédiatement ce qu'ils recherchaient autrefois ici-bas. (1)

C'est certainement à cette première façon d'envisager la seconde existence, qu'il faut attribuer la terreur des Romains pour la privation de sépulture. L'homme pendant sa vie a une maison où il demeure, s'abrite et se repose; le mort devait aussi avoir la sienne, elle est indispensable à son bonheur. L'âme de tout individu qui n'a pas été inhumé, erre pendant cent ans sur les bords du Styx.

Hæc omnis quam cernis inops inhumataque turba est.
. . . . . .
Centum errant annos volitantque hæc littora circum :
Tum demum admissi stagna exoptata revisunt (2).

Aussi les moins superstitieux eux-mêmes prenaient soin pendant leur vie de faire construire leur tombeau, de l'orner et de régler leurs funérailles. C'est ce que nous apprennent les lettres initiales V. F. — ou V. S. P. — ou encore V. H. S. F. M. que l'on retrouve souvent gravées sur les monuments et qui signifient *vivus fecit*

(1) Dezobry, Rome au siècle d'Auguste. IV, p. 90.

(2) Eneide. VI, v. 325.

— *vivus sibi posuit — vivus hoc sibi fecit monumentum.*

Vegetius nous rapporte un fait qui montre jusqu'à quel point cette crainte était répandue. A la guerre, les légions avaient une bourse commune confiée à la garde du porte-insigne dans laquelle chaque soldat versait sa quote-part, et dont le montant était destiné à subvenir aux frais de sépulture de ceux qui viendraient à mourir (1).

Les affranchis et les personnes des classes inférieures qui ne pouvaient acquérir des sépultures particulières, formaient des associations, des *collèges funéraires*, qui avaient pour but de subvenir à la sépulture de leurs membres. Ces associations obtinrent du pouvoir des privilèges spéciaux. Un S. C. les avait même autorisées par avance d'une façon générale, de sorte qu'il leur suffisait pour exister légalement de se faire inscrire sur les registres des magistrats. (2) Ces collèges funéraires donnaient quelquefois une sépulture particulière à chacun de leurs membres. Mais le plus souvent ils construisaient un *columbarium*, sorte d'édifice souterrain divisé en compartiments, dans les murs duquel étaient percées des niches distribuées entre les associés.

Cependant, cette conception primitive de la vie future, sans disparaître tout-à-fait, finit par se modifier. L'habitude qui s'établit de brûler les corps, remarque M. G. Boissier, (3) au lieu de les ensevelir, aida l'esprit à concevoir que l'homme est composé de plusieurs parties

(1) Vegetius, de re militari, l. 2, c. 20.

(2) C'est par ce moyen, suivant l'opinion de M. de Rossi, que les premiers chrétiens se firent reconnaître par l'Etat, devinrent propriétaires légitimes de leurs cimetières, et acquirent le droit de se réunir.

(3) *Revue des Deux Mondes,* 1873, III, p. 541.

qui se séparent quand il meurt. Cette poignée de cendres ne pouvait le contenir tout entier : on eut la pensée qu'il devait rester quelque part autre chose de lui, c'était son simulacre, son ombre, son âme.

Mais cette âme, une fois débarrassée de la matière dans laquelle elle était emprisonnée, devient quelque chose de supérieur à ce qu'elle était ici-bas. La religiosité des Romains aidant, on ne tarda pas à en faire une divinité, qui acquit rang parmi les Dieux de la cité. Leur ensemble formait une classe à part qu'on désignait sous le nom de *Dii Inferi*, c'est-à-dire qui habitent la terre, par opposition aux *Dii Superi* ou Dieux d'en haut. On les considérait comme les protecteurs naturels de la famille à laquelle ils avaient appartenu, et on les regardait comme des intercesseurs qui plaident auprès des Dieux la cause de ceux qui les implorent. C'est à cette notion qu'il faut rattacher les expressions de *Manes*, dieux purs, dieux bons, ou *Lares*, c'est-à-dire dieux du foyer.

Mais bientôt, sous l'influence de la religion des Etrusques, avec lesquels Rome ne tarda pas à se trouver en rapport, à côté des Dii Manes, génies bienfaisants, on en imagina d'autres malveillants et cruels qui se plaisaient à faire le tourment des mortels. Aussi, à la façon légère, aimable dont les Romains comprenaient d'abord le culte des morts, se substituèrent, ou plutôt s'ajoutèrent des usages plus sombres et plus lugubres. Aux couronnes de violettes et de roses qu'on offrait aux morts, aux libations et aux festins qu'on faisait près de leurs tombeaux, (1)

(1) Ces offrandes avaient lieu à certaines époques de l'année ; du 13 au 22 février, c'étaient les *parentalia*, on offrait un festin et des libations près du tombeau. En mai, on y apportait des violettes *dies violationis;* en juin, des roses *dies rosationis;* plus tard même, des fruits les produits de l'automne, *vendemiales.*

succédèrent des sacrifices et des combats ; on leur donnait du sang afin de les apaiser et d'assouvir leur vengeance : on les priait humblement de ne nuire à personne, d'épargner les parents et les amis qui leur avaient survécu.

Les croyances des Romanis devaient encore subir une influence, et se modifier au contact de la Philosophie Grecque. Rome, en effet, rencontrait la Grèce sur toutes ses frontières, il était impossible qu'elle n'en connut pas les doctrines.

Les théories de Platon sur l'immortalité de l'âme et son état après la mort pénétrèrent donc à leur tour dans les idées. On considéra désormais l'autre vie comme destinée à être une récompense pour les bons, une punition pour les méchants. Des traitements sont réservés dans les enfers à chacun suivant ses œuvres :

> Nec vero hæc sine sorte datæ, sine judice sedes (1).

Les châtiments varient avec les crimes et ce n'est qu'après avoir scruté les actions et la vie de ceux qui viennent à lui « *vitasque et crimina discit* » que Minos, entouré de ses juges leur distribue ce qu'ils méritent. Pour les uns, c'est le bonheur immédiat et sans mélange, pour les autres, c'est l'expiation ; leur séjour dans les enfers doit les purifier de leurs crimes.

> Ergo exercentur pœnis, veterumque malorum
> Supplicia expendunt (2).

Il semble que d'après la maxime « *cessante causâ cessat effectus*, » la conception première de la vie future venant

(1) Eneide. VI, v. 431.

(2) Eneide VI, v. 739.

à changer, les usages auxquels elle avait donné lieu eûssent dû eux ausi se modifier, pour faire place à d'autres plus en conformité avec les opinions et les idées nouvelles. Il n'en fut point cependant ainsi, et nous trouvons encore à l'époque des Cicéron et des Virgile les cérémonies usitées dans les premiers temps de Rome.

Pourquoi cette anomalie? — Nous pouvons en donner facilement plusieurs raisons. Sans doute ici, comme dans tout ce qui touche aux mœurs et aux croyances d'un peuple, la routine exerça son influence. On fait ceci ou cela parce qu'on l'a toujours vu faire ; on observe telles ou telles pratiques, parce que l'on a toujours vu ses ancêtres attacher à leur accomplissement une grande importance, parce qu'on les a vus regarder leur inobservation comme un mauvais présage, et l'on ne se rend pas bien compte du motif qui fait agir. — Il faut de plus une certaine force de caractère pour se débarrasser d'une superstition quelle qu'elle soit, pour réagir contre une croyance populaire, et il faut bien le reconnaître, ce n'est point là le fait du plus grand nombre.

D'autre part, l'influence des idées stoïciennes ne s'exerçait que sur un nombre assez restreint d'individus, dont la culture intellectuelle était plus développée. Les nouvelles doctrines qu'elles implantaient ne pénétrèrent pas dans les masses, ou du moins si elles y pénétrèrent, elles n'acquirent jamais assez d'empire pour remplacer complétement les anciennes croyances, et chasser avec elles les usages et les cérémonies qu'elles avaient engendrés.

Enfin, pourquoi ne verrions-nous pas dans ce fait un trait caractéristique du génie formaliste des Romains. L'histoire du Droit de Rome nous montre les préteurs

veillant avec un soin jaloux à l'accomplissement des formalités du droit civil. Leur mission consistait surtout à concilier les fameuses lois des XII Tables avec les exigences que faisait naître le développement des transactions et du commerce. C'est de cette façon, que les formes vieillies édictées par ces lois, traversèrent sans se démoder nombre de générations. Ce qui eut lieu pour le Droit civil se produisit aussi en notre matière. Les magistrats religieux, les pontifes, chargés de veiller à l'application du Droit Divin, en conservèrent pieusement les traditions. Malgré les changements dans les croyances, ils firent respecter les formalités extérieures du culte, ses règles et ses rites.

Comme elles avaient résisté aux tendances des doctrines de Socrate et de Platon, ces formalités et ces règles résistèrent avec non moins de succès aux efforts des disciples d'Épicure. Ces derniers avaient essayé d'établir que l'âme suivait la destinée du corps, qu'elle s'anéantissait et s'éteignait avec lui. Ils avaient même réussi, vers la fin de la République à conquérir, au moins dans les classes élevées, une certaine influence. Lucrèce célébra leurs idées avec enthousiasme dans son poëme, et César osa dire en plein Sénat que *la mort est la fin de toutes choses.*

Mais le triomphe de ces doctrines fut aussi court qu'il avait été rapide. Le milieu dans lequel elles avaient trouvé le plus d'adhérents et le plus d'adeptes s'en détacha peu à peu pour revenir aux vieilles croyances.

Cette tenacité avait d'ailleurs ici plus que partout sa raison d'être. Les morts, nous l'avons vu, étaient dans les idées romaines, de véritables divinités. Il fallait se les rendre favorables par des offrandes et des sacrifices.

« La religiosité des Romains, remarque M. Von Ihering (1), tant vantée par eux-mêmes et par les autres était, au fond, déterminée par l'opportunité ou par l'égoïsme. Les Romains honoraient leurs dieux, non parce que c'étaient des dieux, mais parce qu'ils obtenaient leur protection. Leur religiosité était mesurée au besoin d'assistance et à la nécessité dans laquelle ils se trouvaient. »

L'individu, la famille, la société toute entière étaient donc intéressés au culte des morts qui revêtait ainsi un caractère vraiment national. Dès lors, pourquoi nous étonner que tout ce qui y avait quelque rapport fut soumis à des règles spéciales d'autant plus scrupuleusement gardées que leur inobservation devait attirer sur la cité toute entière des malédictions qui étaient la source des plus grands malheurs.

C'est ainsi que ce culte présente à Rome le spectacle bizarre d'une institution religieuse survivant à la ruine des idées qui lui avaient donné naissance, et persistant au milieu de données nouvelles qui ne correspondaient plus avec elle.

On le comprend aisément, une institution qui avait d'aussi profondes racines et d'aussi solides attaches, ne pouvait manquer de pénétrer jusque dans le domaine des lois. De là cette conséquence toute naturelle, que les objets qui servaient à ce culte étaient soumis à des règles spéciales s'écartant du droit commun. Nous allons étudier parmi ces règles celles qui sont relatives aux terrains consacrés à la sépulture.

Nous examinerons dans un premier chapitre les conditions nécessaires pour qu'une res acquière le caractère

(1) L'Esprit du Droit Romain. Traduct. de Meulenaere, I. p. 317. *Paris* 1875.

religieux. Puis dans un chapitre second nous verrons comment se perd ce caractère ; dans un troisième chapitre, nous envisagerons la condition juridique des res Religiosæ. Nous consacrerons un chapitre spécial à l'étude du Jus Sepulcri. Enfin, dans le cinquième et dernier chapitre, nous passerons en revue les moyens pris par le législateur pour assurer d'une façon efficace le respect et la conservation de ces Res Religiosæ.

CHAPITRE 1er

Des conditions nécessaires pour qu'une Res devienne Religiosa

Il est dans le Droit Romain une division des choses qui semble avoir eu une importance capitale. C'est celle qui les distingue en res humani juris et en res divini juris. Cette division devait, probablement à l'origine, présenter des intérêts multiples, puisque Gaïus, obéissant sans doute à la routine et à l'habitude plutôt qu'à la logique, la présente encore comme essentielle, *Summa divisio* (1)

Les res divini juris, se subdivisaient elles-mêmes en res sacræ, en res religiosæ et en res sanctæ. Tandis que les res sacræ étaient les choses consacrées aux Dieux d'enhaut, Dii Superi, les res religiosæ, nous dit Gaïus (2), étaient celles qui étaient abandonnées aux Dieux Mânes. Quant aux res sanctæ, elles étaient empreintes d'un caractère à la fois patriotique et religieux ; tels étaient les murs et les portes de la cité romaine.

L'intérêt pratique qu'il y eut le plus longtemps à faire cette *summa divisio*, consistait en ce que à l'égard des

(1) Gaïus II. § 12.

(2) Comm. II. § 54.

res divini juris, les pontifes étaient investis d'un droit de surveillance et de juridiction qui ne leur appartenait point ailleurs. Plusieurs textes du Digeste nous sont parvenus comme les témoins irréfutables de cette autorité, et notamment en ce qui concerne les res religiosæ, ils nous en montrent encore les derniers vestiges. Un sépulcre a-t-il besoin d'être restauré? c'est aux pontifes à fixer jusqu'où peuvent aller les réparations « *salvâ religione* » (1). Une sépulture a-t-elle été indûment faite dans la propriété d'autrui? il faut attendre avant de se faire justice et d'enlever le cadavre, l'autorisation des pontifes (2).

Soumises ainsi au jus pontificum, ce n'était plus qu'accessoirement que les res religiosæ se trouvaient soumises au jus civile; en effet, si dès son apparition le peuple romain apporte avec lui la séparation du pouvoir sacerdotal et du pouvoir civil, on y retrouve bien vite la subordination du second au premier. Il est aisé d'ailleurs de comprendre qu'à cause de leur instruction plus grande, les prêtres durent avoir de tout temps à Rome une grande prépondérance. D'autant plus que la connaissance des lois, l'art de les interprêter, elles et leurs formules, étaient à l'époque qui suivit la loi des XII tables entre les mains des Pontifes.

S'il fallait même en croire le juriconsulte Pomponius dans un fragment célèbre inséré dans le Digeste, le tribunal des pontifes avant l'établissement de la prêture, eût jugé à lui seul toutes les causes civiles (3). L'assertion de Pomponius nous paraît, il est vrai, des plus exagérées;

(1) L. 5., 1. D., XI. 8.
(2) L. 8., pr. D., XI, 7.
(3) L. 2., 6. D., I. 2.

elle est combattue par la plupart des autres juriconsultes qui considèrent les fonctions des préteurs comme détachées de celles des consuls.

Quoi qu'il en soit, il n'est pas moins certain qu'après la création des préteurs, lorsqu'une cause de droit civil se présentait à leur barre, et faisait apparaître un point controversé se rattachant au culte, on renvoyait les plaideurs devant les pontifes pour faire trancher la difficulté. C'est ainsi qu'à son retour d'exil, Cicéron, portant la parole dans sa propre cause, prononça devant les Pontifes son discours *pro domo*. Il réclamait la restitution de sa maison illégalement consacrée à la déesse *Liberté* par son ennemi le tribun Claudius.

Le jus pontificum eut donc, en ce qui concernait les res religiosæ, une importance considérable; nous aurons à le constater plus d'une fois dans le cours de cette étude.

Tout citoyen pouvait construire un sépulcre et y ensevelir un mort; tout citoyen avait par cela même le droit de créer des res religiosæ. (1) Seulement en raison du caractère particulier qu'acquéraient ces choses, cette faculté devait avoir pour conséquence de soulever dans la pratique des difficultés nombreuses. Aussi le collège des Pontifes l'avait-il subordonnée à certaines conditions dont il exigeait strictement l'observation. Ce sont ces conditions que nous allons maintenant examiner.

Elles sont au nombre de cinq.

PREMIÈRE CONDITION. — *Il faut une inhumation réelle.* — Et d'abord, il faut une inhumation réelle. Sans doute,

(1) C'est même là une des différences principales entre les res religiosæ et les res sacræ. Pour ces dernières, il fallait une autorisation préalable.

on pouvait, et cela se faisait très souvent, se construire à l'avance un tombeau. Mais jusqu'à ce que les restes du défunt y aient été transportés, il ne revêtait aucun caractère religieux ; il restait *locus purus* (1). Par suite, il pouvait encore faire l'objet des transactions ; on pouvait le vendre, l'acheter, le donner, etc.

Cette idée amenait nécessairement comme corollaire, que lorsqu'une inhumation avait été faite dans une propriété, dans un champ, par exemple, celui-ci ne devenait pas religieux tout entier. La place seule qu'occupaient les dépouilles prenait ce caractère. (2) Aussi avait-on soin de délimiter d'une façon bien fixe et bien certaine la quantité de terrain que l'on consacrait à l'inhumation. Quelquefois même, pour éviter toute contestation, on en indiquait les dimensions sur le tombeau lui-même. De là, ces inscriptions que l'on retrouve souvent :

D. M.

. . . . . .

. . . . . .

IN. FRO. P. VI.

IN. AGRO. P. V.

et qui signifiaient *in fronte pedes sex, in agro pedes quinque*, *in fronte* étant la dimension prise sur la route, *in agro* celle prise sur la campagne (3).

Il résulte de cette première condition, tout d'abord, qu'un cénotaphe n'est point une res religiosa. Le cénotaphe n'est, en effet, qu'un tombeau vide, *tumulus inanis*. Nous retrouvons cette déclaration formelle plusieurs fois

(1) L. 6. 1. D. XI. 7.
(2) L. 2. 5. D. XI. 7.
(3) Gothofred. ad pand. 2. 5. D. XI. 7.

dans le Digeste, *non enim esse hoc religiosum divi fratres rescripserunt* (1).

Cependant la loi 7 au digeste *de Divisione rerum* est immédiatement précédée d'un fragment du jurisconsulte Marcien qui semble la contredire formellement. (2) Celui-ci s'autorisant d'un passage de Virgile (3),

> Libabat cineri Andromache, manesque vocabat
> Hectoreum ad tumulum, viridi quem cespite inanem
> Et geminas, causam lacrymis, sacraverat aras.

déclare qu'à son avis el cénotaphe est une res religiosa : *Cenotaphium quoque magis placet locum esse religiosum.*

Il n'est guère possible d'admettre ici un oubli de Marcien, ou de dire, comme on l'a proposé, qu'il n'avait point connaissance de l'Edit des *Divi fratres*, car nous voyons que ce même jurisconsulte y fait allusion dans un autre fragment du Digeste (4).

Y avait-il donc contradiction entre son opinion et celle d'Ulpien sur le caractère à attribuer au cénotaphe ? Nous ne le pensons pas, et voici à notre avis comment ces deux textes peuvent se concilier.

Il y avait à Rome deux genres de cénotaphes. L'un que les anciens auteurs appellent plus spécialement *tumulus honorarius*, dont le but était d'honorer la mémoire des morts illustres. Leurs restes avaient déjà reçu les honneurs de la sépulture, et avaient été déposés dans un tombeau ; on leur élevait néanmoins des monuments pour rappeler aux générations, soit leur vie toute

(1) L. 6. I. D. XI. 7. — L. 7. D. I. 8.
(2) L. 6. 5. D. I. 8.
(3) Eneide. Lib. III, v. 303 et suiv.
(4) L. 39. D. XI. 7.

entière, soit une action d'éclat en particulier. C'est ainsi que nous voyons les légions romaines élever dans les plaines de la Germanie *inter Rhenum et Lupiam* un monument à la mémoire de Drusus Néron, tandis que son corps reposait au champ de Mars. (1)

A côté de ce *tumulus honorarius* élevé *ob honorem tantum*, il y avait les cénotaphes construits *ob sepulturæ necessitatem*, à ceux dont on n'avait pu retrouver les corps, ou qui étaient morts dans une expédition lointaine. On procédait sur les monuments de cette catégorie à certaines cérémonies qui devaient suffire, suivant les règles pontificales, à y fixer les mânes et à leur assurer le repos et le bonheur. C'était un moyen de permettre aux parents de ceux que la mort avait ravis tout entiers, de consoler leur douleur par un simulacre d'inhumation : *Terræ autem injectio secundum pontificalem ritum poterat fieri et circa cadavera et circa absentium corpora quibusdam solemnibus sacris* (2). Ainsi s'expliquent les paroles de Nisus à Euryale :

> Sit qui me raptum pugnâ pretiove redemptum
> Mandet humo solitâ ; Aut si qua id fortuna vetabit,
> Absenti ferat inferias, decoretque sepulcro.

C'est aux cénotaphes de cette deuxième espèce que se rapporte le texte de Marcien. Ils sont réellement devenus res religiosæ, retirées du commerce des hommes.— Quant au texte d'Ulpien, il ne se rapporte qu'aux monuments qu'on élevait comme des trophées à la gloire et à l'honneur des héros. Rien ne les a soustraits au domaine du droit civil, et comme le déclare l'édit de *justis sepulturis*, ils restent choses profanes.

(1) Suet. in Claud. Chap. I. — Tacc. Ann. II. 7 n. 3.
(2) Serv. Æneid. VI. v. 366.

Il est d'ailleurs un fait remarquable qui, étant données les mœurs et les idées des Romains, mérite d'attirer notre attention. On sait le peu de considération dont jouissaient à Rome les esclaves. La loi elle-même ne les considérait pas toujours comme des personnes et, sans hésiter, les classait parmi les choses (1). Cependant, respectant le niveau égalitaire que la mort faisait passer sur toutes les distinctions du droit civil, elle n'admettait aucune différence entre la tombe de l'esclave, et celle du citoyen romain. C'est, qu'en effet, le droit civil supprimé, nous nous trouvons en face de la loi naturelle, et c'est le cas d'appliquer la règle : *quod ad jus naturale attinet, omnes homines œquales sunt* (2).

Seule la sépulture d'un ennemi restait une chose profane. (3) Et encore ne faut-il, d'après certains commentateurs, attribuer au texte de Paul qu'une portée relativement restreinte. D'après Godefroyd, (4) pour bien comprendre la pensée de ce texte, on doit en rapprocher la loi 36. D. XI. 7. tirée de Pomponius. Il en résulterait que la solution donnée par Paul se restreindrait au cas où les sépultures se trouveraient dans un pays que les armées romaines viennent de conquérir. Ce serait l'application, mais faite aux ennemis, de cette loi 36 qui décide que les sépultures et les temples des Romains, quand ils se trouvent dans une province dont les barbares se sont emparé, perdent leur caractère religieux ou sacré.

Au reste, empressons-nous de l'ajouter, la conquête venant à cesser, par une sorte de *jus postliminii*, les lieux sacrés ou religieux reprenaient leur caractère primitif.

(1) Ulp. XIX. § I., — Gaïus, II. § 15 à 18.
(2) L. 32. D. L. 17.
(3) L. 4. D. XLVII. 12.
(4) Godefroyd ad Pand. 36. D. XI. 7.

DEUXIÈME CONDITION. — *L'inhumation devait avoir été faite* IN PERPETUUM *dans le sépulcre.* — FORI BUSTIVE ÆTERNA AUCTORITAS ESTO. Lorsque l'inhumation n'était faite que d'une façon provisoire, comme par exemple en attendant la construction d'un sépulcre, elle n'enlevait pas au terrain son caractère profane (1). Aussi dans cette hypothèse, quand la translation du cadavre dans le tombeau définitif devait s'opérer, point n'était besoin d'une autorisation spéciale. Nous avons vu plus haut, qu'au contraire, quand il y avait eu une inhumation *in perpetuum*, l'exhumation et la translation du cadavre ne pouvaient se faire sans l'intervention d'un décret du collège des Pontifes.

Mais si l'inhumation devait être *perpétuelle*, était-il également nécessaire qu'elle fut *régulière*, c'est-à-dire accomplie suivant certaines formalités prescrites par les Pontifes ?

Si on se place au temps de Cicéron, l'affirmative ne peut être mise en doute. Les funérailles devaient être régulièrement faites ; alors seulement elles étaient réputées *justæ*, et le lieu de la sépulture était devenu religieux. *Priusquam gleba injecta est, locus ille ubi crematum est corpus nihil habet religionis : injecta gleba, tum et illic humatus est et gleba vocatur, ac tum denique multa religiosa jura complectitur* (2).

Dans une comédie de Plaute, un revenant vient se plaindre sur la scène de ce que l'on n'ait pas observé à ses funérailles les rites prescrits ;

Me defodit insepultum (3).

« J'ai été enterré, dit-il, et je n'ai pas été enseveli. »

(1) L. 39 et 40. D. XI. 7.
(2) Cic. de Legibus. Lib. 2. § 57.
(3) Plaute, Mostellaria. Act. 2. Sec. 2. V. 71.

C'était donc que la simple inhumation, *la mise en terre,* ne suffisait pas pour donner au mort le repos et la tranquillité qui lui étaient nécessaires dans l'autre vie, pour fixer ses mânes errantes dans le sépulcre où elles auraient pu trouver un abri et un refuge.

Mais si l'on se place à l'époque classique, il semble certain que l'accomplissement des rites funéraires devient indifférent au point de vue qui nous occupe. Aucun texte du Digeste ne fait allusion de près ou de loin à cette condition. On peut donc légitimement en conclure que dans le droit classique l'inhumation pure et simple suffit.

TROISIÈME CONDITION. — *Il fallait en troisième lieu que le terrain pût légalement recevoir un cadavre.* — Nous avons vu que la loi des XII tables défendait d'enterrer aucun mort dans l'enceinte de Rome. *Hominem mortuum in Urbe ne Sepelito neve Urito.* Deux ou trois familles seulement conservèrent ou obtinrent le droit de funérailles dans la ville, comme un honneur public. Encore n'en usaient-elles que fictivement ; lorsqu'un des membres de ces familles venait à mourir on portait son corps sur le forum, et l'on passait sous le lit funèbre une torche ardente pour simuler l'inflammation du mort. Mais on la retirait aussitôt pour aller brûler le corps en dehors de la cité.

Le triomphateur qui mourait pendant son triomphe avait aussi le droit d'être enseveli dans Rome. Il n'y avait pour lui que cet honneur était réel ; c'était le privilège de la victoire.

Ce n'était point, comme on pourrait le croire aujourd'hui, un motif d'hygiène et de salubrité qui avait dicté cette prohibition. La vraie raison, au témoignage du juris-

consulte Paul, était toute autre. C'était tout simplement un scrupule religieux : l'on voulait éviter que le contact des morts ne souillât les Dieux d'en haut.

L'empereur Adrien étendit cette défense à toutes les villes, et abrogea en même temps toutes les lois municipales contraires. Puis il sanctionna sa défense de peines sévères. Une amende de quarante aurei, l'exhumation du cadavre, la confiscation du terrain, telles étaient les conséquences de la désobéissance à son rescrit.

On a soutenu cependant, que ce que nous venons d'indiquer comme une troisième condition, n'en était pas véritablement une, et que malgré la loi des XII tables et les rescrits postérieurs, les sépulcres construits dans l'intérieur des villes étaient des res religiosæ. Voici le raisonnement que l'on tient. Que dit le rescrit d'Adrien, le plus complet sur la matière? Il prononce des peines, inflige une amende, mais nulle part il ne déclare que le terrain ne sera pas *locus religiosus*. Et puis, ajoute-t-on, si le sépulcre bâti à l'intérieur de la ville n'était point devenu une res religiosa, il faudrait aussi décider que sa violation ne saurait jamais donner lieu à l'action *de sepulcro violato*, et par conséquent qu'elle resterait impunie.

Ces considérations, à vrai dire, ne nous touchent point. Et d'abord, pour ce qui est du prétendu silence d'Adrien, ce n'est pas un argument bien sérieux. L'Empereur défend en effet d'ensevelir dans les villes, il donne à son édit une sanction pénale très sévère et montre par là suffisamment l'importance qu'il attache à sa défense. Il veut rendre l'ensevelissement hors des murs obligatoire, le meilleur moyen pour cela, c'est de ne laisser produire aucun effet juridique à toute inhumation faite contraire-

ment à la loi. Sans doute, le rescrit n'indique point formellement cette conséquence ; il ne l'a pas fait parce qu'il n'avait pas à le faire. Elle résultait tout naturellement du principe posé. — Quant au second argument, s'il était vrai, il prouverait beaucoup, il prouverait même trop. En effet, quand une inhumation a été faite in fundo alieno, (1) quand elle n'a été faite que provisoirement, (2) le sépulcre, tout le monde le reconnaît, n'est pas devenu locus religiosus. Et alors, si le raisonnement qu'on nous oppose était exact, il faudrait dire que dans ces cas, l'on pourrait impunément profaner, violer la sépulture. Il n'en est point ainsi cependant ; l'inhumation provisoire doit être respectée, et le propriétaire dont le droit a été violé, ne pourrait sans autorisation enlever le cadavre inhumé dans son fonds, sans s'exposer à une poursuite. Cette poursuite s'exercerait non point, il est vrai, au moyen de l'action *de Sepulcro violato,* puisque le lieu n'est pas religieux, mais au moyen de l'action d'injures.

Nous trouverions d'ailleurs, s'il en était besoin, un dernier argument dans le rescrit lui-même. L'empereur Adrien y ordonne en effet que si sa prohibition n'est pas respectée on exhumera le cadavre. L'ordre qu'il donne est général et absolu ; il ne parle même pas d'autorisation à obtenir de la part des pontifes. Nous pouvons donc légitimement en conclure que l'inhumation faite au mépris des dispositions du rescrit ne conférait au terrain aucun caractère religieux. Nous avons vu en effet, que les res religiosæ étaient soumises à la juridiction des pontifes, et que notamment, l'autorisation préalable de ces derniers était nécessaire pour procéder à une exhumation.

(1) L. 4. D. XI. 7.
(2) L. L. 39 et 40. D. XI. 7.

Les sépultures ne pouvaient davantage se faire dans les lieux réservés aux usages publics (1). La sanction pénale était plus ou moins forte suivant qu'il y avait ou non dol chez l'auteur de la contravention.

Les pontifes qui accordèrent bien des dispenses pour l'ensevelissement dans l'intérieur de la ville, se montraient au contraire très rigoureux sur le point qui nous occupe. Il n'est pas d'exemple qu'ils aient jamais laissé confisquer un lieu public par une religion particulière.

Jusqu'à quelle époque ces défenses persistèrent-elles ? Les chrétiens professaient des doctrines opposées à celles qui faisaient le fondement des lois que nous venons d'examiner. Ils vénéraient les restes de leurs martyrs, et loin de croire souiller le culte divin par leur contact, ils les déposaient dans leurs temples et jusque sous leurs autels. Mais c'était plutôt par une tolérance de l'autorité qu'en vertu d'un droit formel, car ni Constantin ni ses successeurs ne rapportèrent la prohibition des XII tables. Nous n'en trouvons l'abrogation que sous l'empereur Léon, dans sa nouvelle LIII : « Pour rendre les inhumations plus promptes et plus faciles, y est-il dit, chacun pourra inhumer les morts soit au dedans, soit au dehors de la ville, et la loi qui s'y oppose, déjà méprisée par l'usage, cessera d'être inscrite dans les codes. »

Quatrième Condition. — *En quatrième lieu, le caractère religieux du terrain, est encore subordonné au droit et à la qualité de celui qui a procédé à l'inhumation.* — Il faut en effet que celui-ci ait le droit de la faire. *Dummodo funus ejus mortui ad nos pertineat* (2).

(1) L. 8, § 2, D. XI. 7.
(2) Gaïus, II., § 6.

C'est tout d'abord celui qui en a été chargé par le défunt et qu'on appelait le *curator funeris*. Ce n'était point toutefois pour lui une obligation stricte, dont on pouvait lui demander l'accomplissement par les moyens légaux. Aucune peine ne devait être infligée à celui qui s'y refusait; il n'y avait là qu'une obligation toute morale dont l'exécution ne devait avoir pour juge que sa conscience, et pour mobile, le respect ou la reconnaissance (1). *Nemo invitus aut mandatum suscipere ant defuncti voluntatem agnoscere cogitur.*

Toutefois, si le de cujus avait laissé un legs au curator funeris, le legs tombait si le légataire n'exécutait pas la volonté du défunt. On ne pouvait en effet diviser cette volonté, accepter le bénéfice du legs, en répudier les charges.

Mais supposons qu'après avoir reçu le legs, le légataire refuse de se charger du soin des funérailles. Ulpien (2) est d'avis que dans ce cas le préteur trouverait un moyen de l'y forcer en agissant contre lui *extra ordinem*. Le jurisconsulte Mela donnait dans cette hypothèse l'action *de dolo*.

Pourquoi cette action de dolo? le légataire ne pouvait-il pas en effet être poursuivi par l'action *mandati*, puisqu'il avait été chargé de prendre soin des funérailles et qu'il avait accepté cette charge? Or l'action de dolo est subsidiaire; elle n'est accordée qu'à défaut d'autre action, on n'en voit donc pas la nécessité dans notre hypothèse. — La solution de Mela doit cependant être respectée. En effet, l'acte par lequel je charge une personne de prendre soin de mes funérailles, n'est pas un véritable mandat

(1) L. 12., 4. D., XI. 7.
(2) L. 14. 2 D. XI 7.

impossible d'y voir même un mandat *post mortem mandantis*, car on est sûr qu'il ne sera pas exécuté de mon vivant. Or le mandat *post mortem mandantis* n'est valable que lorsqu'il n'exclut pas d'une façon absolue la possibilité d'une action à exercer par le mandant ou contre lui (1). Il ne pouvait donc y avoir dans notre hypothèse d'action mandati ; l'action de dolo était seule possible.

Toute autre serait hypothèse où le défunt aurait donné mandat, non de l'ensevelir, mais de lui élever un monument. (2) Ici en effet, rien n'empêche le mandataire d'accomplir son mandat, ou du moins d'en préparer l'exécution avant la mort du mandant. Un pareil mandat serait donc un véritable mandat. Il donnerait lieu par suite contre le mandataire qui l'ayant accepté, refuserait ensuite de l'exécuter, à l'action mandati. C'est l'un des cas où par exception l'on déclare valable la stipulation *post mortem suam*.

A défaut d'indication spéciale faite par le défunt, ou dans le cas d'inaction de la personne désignée, le soin des funérailles incomberait, tout d'abord, aux héritiers testamentaires, car ils sont toujours préférés aux héritiers ab intestat (3).

Quand le de Cujus était mort sans faire de testament, la charge de l'inhumation retombait sur ses parents dans l'ordre de leurs droits à la succession.

Il n'était d'ailleurs pas nécessaire que l'héritier fut investi de la succession, qu'il ait fait adition d'hérédité pour que l'inhumation fut régulière, et Ulpien prend bien soin de nous dire que l'on ne peut même voir dans l'inhu-

(1) Accarias. Précis de Droit Romain, II, nº 631.
(2) 12 et 17. D. XVIII. 1.
(3) L. 39. D. XXIX 2.

mation faite par l'héritier une acceptation tacite de l'hérédité, *nec quis putet hoc ipso pro hérede eum gerere* (1).

Il ne faudrait pas conclure des paroles de Gaïus *Dummodo funus ad nos pertineat* que si un étranger enterrait un mort, le terrain qu'il y consacrait restait profane. Ce serait une erreur. A Rome, le premier venu pouvait se charger des funérailles d'un mort, nous avons sur ce point un texte formel d'Ulpien (2) ... *Sed quivis alius locum religiosum facere puto.*

Qu'est-ce à dire ? Y aurait-il contradiction entre Gaïus et Ulpien ? Nous ne le pensons pas ; et voici quel est au juste le sens de leurs décisions. Il est incontestable d'abord que que la loi romaine donne à tout citoyen, mandat de rendre aux morts les derniers devoirs. Mais ce mandat n'est que subsidiaire ; il ne peut entraver l'exercice du droit primordial et naturel des héritiers et des parents. Ceux-ci se présentant, le droit des étrangers s'évanouit et disparaît. Gaïus suppose donc que les héritiers se disposant à procéder aux cérémonies funèbres, un étranger se présente aussi pour le faire à leur place. Dans ce cas, l'on peut dire *funus ad eum non pertinet*, l'inhumation qu'il ferait ne serait point régulière et ne rendrait pas le terrain *locus religiosus*. Ulpien au contraire lorsqu'il dit *quivis alius locum religiosum facere puto*, suppose ou l'abstention ou le refus des héritiers et des parents.

Cinquième Condition. — Enfin, et c'est par là que nous finissons l'étude des conditions requises pour faire une res religiosa, *il faut que l'inhumation ne blesse aucun droit*, Cette condition, à vrai dire, se dédouble et suppose elle-

(1) et (2) L. 6. D. XI. 7.

même deux choses : d'abord que l'inhumation est faite par le propriétaire du fonds, ou du moins avec son assentiment (1) ; en second lieu, que le droit de ce propriétaire ne rencontre pas d'obstacles dans le droit d'un tiers.

Que le propriétaire du fonds doive consentir à l'inhumation, cela est évident ; nul ne peut perdre sa propriété sans un acte exprès de sa volonté, et l'inhumation dans le terrain d'autrui constituerait une violation de propriété bien caractérisée.

Il ne suffit même pas, nous dit Gaïus, d'être propriétaire du fonds qu'on veut consacrer à une inhumation ; il faut en être propriétaire *ex jure quiritium*. L'inhumation faite dans un fonds provincial n'en fait pas un *locus religiosus*, car, suivant les expressions du jurisconsulte, on ne peut avoir de ces fonds que la possession ou l'usufruit ; la propriété en reste au peuple Romain ou à l'Empereur, *In eo solo dominium Populi Romani vel Cœsaris est*. (2)

Toutefois, ajoute Gaïus, si ce terrain n'est pas religieux, il sera considéré comme tel. De sorte qu'en définitive, la décision que nous donne ce jurisconsulte est plus théorique que pratique. Elle se borne à une reconnaissance platonique des principes rigoureux du droit.

La solution sera la même pour le propriétaire bonitaire et pour celui qui invoque la longi temporis præscriptio. Ils ne peuvent rendre, à proprement parler, le fonds qu'ils possèdent *locus religiosus*. Mais on dira de ce fonds, *pro religioso habetur*.

Supposons que le droit du propriétaire ait été violé et qu'un tiers soit venu sans son consentement faire une

(1) Gaïus, II. § 6. — Inst. Just., Lib., 2, tit. I. § 9.

(2) Gaïus II. § 7.

inhumation dans son terrain. Quels seront les moyens d'action de ce propriétaire ?

Et d'abord, si après coup, sanctionnant le nouvel état de choses, il ratifie ce qui a été fait, cette ratification suffit. Le vice originaire est purgé, l'inhumation devient régulière.

Mais supposons qu'il proteste contre l'usurpation, comment obtiendra-t-il que justice lui soit rendue ? Qu'il se garde bien d'agir de sa propre autorité et d'enlever le cadavre illégalement apporté sur son terrain. Il s'exposerait, nous l'avons vu, à l'action d'injures (1). Cette action, peu importe que la violence ait été exercée sur le cadavre avant ou après l'adition d'hérédité, cette action, dis-je, appartiendra toujours à l'héritier du défunt (2). Si, en effet, la violence est faite après l'adition, elle est faite pour ainsi dire à l'héritier lui-même. Si au contraire elle a lieu avant l'adition, l'action entre alors dans le patrimoine du défunt, et passe à l'héritier avec la succession.

Le propriétaire lésé a deux moyens de faire valoir ses droits. Il peut d'abord demander aux pontifes ou au prince l'autorisation d'enlever lui-même le cadavre (3). De cette façon, il conservera son terrain tout entier, et toute trace de l'usurpation aura disparu.

Mais il a aussi, à sa disposition, s'il le préfère, une action prétorienne *in factum*, à l'effet d'obtenir la réparation du préjudice causé, c'est-à-dire, le plus souvent le prix du terrain qui lui a été usurpé (4).

(1) L. 1. 8. D. XI. 7.
(2) L. 1, 6. D. XLVII. 10.
(3) L. 8. pr. D., XI. 7.
(4) L. 7. pr. D., XI. 7.

Toutefois, le § 2 de la loi 2. D. *de religiosis* après ces mots: *in factum actione tenetur*, ajoute, *et pecuniariæ pœnæ subjicietur*. Quelle était donc cette peine pécuniaire? Elle n'est autre, nous dit Fabre (1), que la peine *centum aureorum* qui accompagne l'action de sepulcro violato. En effet, remarquons que ce § 2 nous parle d'une inhumation faite *in loco puro aut in sepulcro*, et c'est pour ce dernier cas seulement, pour celui où elle a été faite *in sepulcro*, qu'il édicte une peine pécuniaire. Il est facile d'ailleurs de s'en convaincre, car le § 1 de cette même loi qui ne parle que du *locus alterius* et non du *sepulcrum*, s'abstient aussi de parler de cette *pœna pecuniaria*.

Enfin, ajoutons pour être complet sur notre actio in factum qu'elle passe à l'héritier et contre lui, et qu'elle est perpétuelle.

L'édit ne parlant que du dominus, cette actio in factum n'était point accordée au possesseur de bonne foi (2). Le respect pour la lettre de l'édit, et l'interprétation stricte que l'on donnait à ses termes, firent même créer une actio in factum *utilis* pour un cas qui, cependant, se rapprochait beaucoup de celui qui avait été prévu. Le préteur n'avait parlé expressément que d'une inhumation faite dans un *locus alterius*, ou dans un *sepulcrum alienum*. Par conséquent, on n'était plus dans les termes de l'édit si elle était faite *in arcâ lapideâ*, et l'actio in factum, créée par le préteur, ne pouvait plus s'appliquer. On avait été obligé de donner dans cette hypothèse, notre actio in factum, *utilitatis causâ* (3).

Nous avons dit en second lieu, qu'il fallait que l'exercice

(1) Fabre, ad Pandect., L. 2. 2. D. XI. 7., page 2082.
(2) L. 2. 1. D., XI. 7. de relig.
(3) L. 7., 1. D., XI. 7.

de son droit par le propriétaire ne vienne point léser le droit d'un tiers. L'existence d'un droit réel, si peu important qu'il fût, suffisait pour paralyser le droit du propriétaire. Cette règle trouve son application dans de nombreux textes du Digeste. Nous allons examiner quelques unes des solutions qui s'y trouvent.

Lorsqu'un terrain est grevé de servitude, nous dit la loi 2. § 8. D. de relig., il ne peut devenir religieux par la seule volonté de son propriétaire. Le droit de celui-ci se trouve en effet limité par le droit du titulaire de la servitude : *Locum qui servit, nemo religiosum facit.*

Toutefois, si la servitude pouvait aussi commodément s'exercer sur une autre partie du fonds, le propriétaire était autorisé à se passer du consentement du titulaire de cette servitude. — Le respect dû aux cadavres, l'impossibilité de les laisser sans sépulture, imposaient cette restriction.

Quand l'usufruit et la nue propriété d'un même fonds (1) reposent sur deux têtes différentes, le dominus ne peut en faire un locus religiosus, sans l'assentiment de l'usufruitier, pas plus que ce dernier ne le pourrait sans l'assentiment du dominus. Leurs droits, en effet, quoique indépendants l'un de l'autre, impliquent chacun l'obligation stricte de se respecter mutuellement. Or, n'est-il pas évident que le dominus qui ferait une inhumation à l'insu ou contre le gré de l'usufruitier, priverait ainsi ce dernier de ses droits, sur la portion du fonds qu'il y aurait consacrée ?

Toutefois, cette règle souffre quelques dérogations. Une première dérogation nous est indiquée par la loi 2. § 7, D. XI, 7. Le consentement de l'usufruitier ne sera pas

(1) L. 2, § 7. D. XI, 7

nécessaire lorsqu'il s'agira d'inhumer celui-là même qui a constitué l'usufruit. Sans doute il y a là un échec aux principes rigoureux du droit, mais il s'explique néanmoins. C'est en effet, en définitive, un sacrifice relativement léger qu'on demande à celui qui vient de recevoir du défunt une libéralité. Puis par dessus tout plane cette raison d'utilité publique, qu'il ne faut pas laisser les cadavres sans sépulture : *nam propter publicam utilitatem, ne insepulta jaceant cadavera, strictam rationem insuper habemus : ..... nam summam esse rationem quæ pro religione facit* (1).

La seconde dérogation nous est indiquée par le Jurisconsulte Scævola. (2) Si le de Cujus, dit-il, a laissé à plusieurs légataires plusieurs fonds en usufruit, l'héritier peut inhumer le testateur dans l'un de ces fonds, à son choix. C'est, à peu de chose près, la même hypothèse que la précédente. Seulement dans notre espèce, l'héritier, ajoute le jurisconsulte, devra une indemnité à celui dont il a entamé l'usufruit, et ce dernier aura une action utile pour la réclamer. — Pourquoi cette différence? Elle s'explique par le respect que l'on avait à Rome pour la situation que le testateur avait faite à ses légataires les uns par rapport aux autres. On ne voulait pas que cette situation fut modifiée par l'héritier. Elle l'eut été, si l'on n'avait accordé au légataire, sur la part duquel le choix de l'héritier s'était porté, un moyen de se faire indemniser du préjudice qui lui était causé. C'est pour ce motif qu'on lui donnait cette action utile, dont parle Scævola. (3)

(1) L. 43. D. XI. 7.

(2) L. 46, D. XI, 7.

(3) Le légataire ne peut en effet, dans l'espèce, avoir d'action directe contre l'héritier, car ce qui lui a été légué ce n'est pas de l'argent, mais un usufruit.

Que déciderons-nous du propriétaire qui a donné sa chose en gage pour la sûreté de sa dette? Aura-t-il besoin du consentement du créancier gagiste pour y faire une inhumation valable ? Evidemment le créancier a intérêt à ce que son gage ne soit pas diminué, et il le serait si une inhumation y était faite. La portion de terrain qu'on y consacrerait serait soustraite à son action. La loi romaine cependant fait brèche aux intérêts du créancier gagiste (1). Elle décide qu'il pourra être passé outre à son consentement, quand il s'agira d'enterrer le propriétaire du fonds donné en gage, ou un membre de sa famille. Cette solution a d'ailleurs sa raison d'être, car si la sûreté du créancier est diminuée, son droit en lui-même, sa créance, ne souffre aucun préjudice ; et quant à la diminution de cette sûreté elle-même, elle est somme toute assez faible, puisque la portion du fonds qui ne sert point directement à la sépulture reste profane. Il y avait donc des motifs suffisants pour faire triompher les raisons d'humanité et de piété qui avaient dicté notre solution.

Mais ces raisons se feraient moins vivement sentir s'il s'agissait non plus de l'inhumation du propriétaire lui-même, mais de celle d'un étranger. Aussi dans ce dernier cas, exigerait-on le consentement de tous les intéressés. (2)

Que feront le créancier gagiste, l'usufruitier ou tout autre titulaire d'une servitude, si l'on agit au mépris de leurs droits? Nous avons vu que l'Edit n'accorde l'action in factum qu'au propriétaire, *dominus*(3). Faudra-t-il nous en tenir strictement à cette expression, et refuser cette action dans les cas que nous examinons en ce moment?

(1) L. 2. § 9. D. XI. 7.
(2) L. 3. D. XI. 7.
(3) L. 2. § 1. D. XI. 7.

La question, en présence des termes du § I de la loi 2. D. XI, 7, pourrait paraître embarassante. Mais nous avons un autre texte formel sur ce point. (1) *Hæc actio competit, ei quoque, qui ejus loci habet usumfructum vel aliquam servitutem.* Le titulaire d'un usufruit ou de toute autre servitude a donc aussi l'action in factum. D'ailleurs même sans ce texte nous aurions pu adopter cette solution, car les droits de l'usufruitier, du créancier gagiste, des titulaires de servitude, sont les mêmes que ceux du propriétaire, *quia jus prohibendi etiam hi habent.*

Reste une dernière espèce qui a donné lieu à de nombreuses discussions entre les romanistes. — Un terrain est indivis entre plusieurs propriétaires, on veut y faire une inhumation. Faudra-t-il le consentement de tous les *socii* pour qu'elle y soit valablement faite? Et si ce consentement est nécessaire, quelles armes donnera-t-on à ceux dont les droits auront été violés?

Il faut d'abord faire une distinction. S'agit-il d'inhumer l'un des *socii*, le consentement de ses co-associés n'est pas nécessaire, (2) surtout s'il n'y a pas d'autre terrain pour faire aussi commodément l'inhumation.

S'agit-il au contraire d'un étranger, *extraneus*, ici le consentement de tous devient indispensable, et si l'un d'eux outrepassait ses droits, il est certain que ses co-propriétaires auraient un recours contre lui. Mais quel serait ce recours? C'est là que commence la difficulté. Trébatius et Labéon accordent aux *socii* dont on a négligé de demander le consentement, une action *in factum.* (3) Mais suivant Ulpien, ils ont l'action *familiæ*

(1) L. 8, § 4. D. XI. 7.
(2) L. 41. D. XI. 7.
(3) L. 6, § 6. D. X, 3

erciscundæ ou *communi dividundo* (1) ; enfin Pomponius leur donne l'action *pro socio* (2). Y avait-il donc désaccord entre les jurisconsultes ? Les solutions données par Trébatius et Labéon d'une part, Ulpien et Pomponius d'autre part, sont-elles contradictoires ? Cette question a été vivement débattue, et les avis sont tellement partagés que l'on peut réellement dire ici avec le proverbe latin, *quot capita tot sensus.*

La contradiction entre le texte qui donne l'action *in factum,* et celui qui accorde les actions *familiæ erciscundæ, communi dividundo* n'est guère admissible, puisqu'ils émanent tous deux du commentaire d'Ulpien sur l'édit. Aussi a-t-on tenté de nombreuses conciliations.

Voët admet que les trois actions concourent. Il invoque à l'appui de son opinion un autre passage du Digeste, où Ulpien donne contre le Socius qui a corrompu l'esclave commun, les trois actions dont nous parlons (3). Mais, dans l'hypothèse dont il est question dans ce passage, remarquons-le bien, il s'agit d'une action pénale, dont le cumul avec les actions rei persecutoriæ est possible, tandis que nous sommes en présence d'actions rei persecutoriæ dont le cumul, d'après les principes du droit romain, n'est jamais admis.

Pothier croit que l'action in factum est donnée quand il y a doute sur la légitimité de l'action directe. L'inhumation faite par le Socius, dit-il, n'a pas sans doute rendu le terrain locus religiosus ; elle le place cependant dans une situation toute spéciale *aliquid religionis quo-*

(1) L. 2, § 1. D. XI. 7.

(2) L. 39. D. XVII. 2.

(3) L. 9, D. XI, 3.

dammodo contraxisse videtur, et peut être alors, l'action communi dividundo n'est-elle plus possible. (1)

L'interprétation la plus rationnelle à notre avis est celle qui avait été donnée par Fabre (2). Elle concorde et s'harmonise avec les règles fondamentales du droit romain. En principe, d'après Fabre, les actions familiæ erciscundæ, communi dividundo et pro socio suffiront à désintéresser les co-propriétaires dont les droits ont été lésés par une inhumation. Ceux-ci demanderont, en effet, le plus souvent le partage du fonds commun, et les actions que nous venons d'indiquer, au moyen desquelles ils demanderont ce partage, suffiront en outre amplement à les désintéresser du préjudice qu'ils auront éprouvé. Ce sont, en effet, des actions de bonne foi où le litige doit être examiné sous toutes ses faces, et où, par conséquent, la question d'indemnité peut être résolue accessoirement par le juge qui connaît du partage.

Jusqu'ici le droit civil suffit, la nécessité de l'intervention du préteur, par la création d'une action, ne se fait point sentir. Ulpien dans sa loi 2. 1. D. XI. 7. suppose donc que le co-propriétaire lésé réclame le partage du fonds commun. Pomponius dans la loi 39. D. XVII. 2. nous parle d'un associé qui demande par l'action *pro socio* la dissolution de la société.

Mais modifions quelque peu cette hypothèse. Supposons que le socius lésé ne veuille pour le moment qu'obtenir une indemnité; qu'il ne veuille point demander le partage du fonds indivis, soit que ce partage ne puisse se faire commodément dans les conditions actuelles, soit que l'on

(1) Pothier. — Ad. Pand. XI, 7, p. 376, n. 3.

(2) Fabre. — Rationalia XI. 7. p. 2082.

craigne de compromettre l'avenir, l'action *familiæ erciscundæ* ne pouvant être exercée qu'une seule fois. Ici le droit civil devient complètement insuffisant. Il ne donne aucun moyen au socius d'obtenir réparation du préjudice causé. C'est alors que le préteur, remplissant son rôle qui est de suppléer, de compléter le droit civil intervient pour créer dans cette hypothèse une *actio in factum*. C'est de cette dernière action que parlent Trébatius et Labéon dans la loi 7. § 6. D. X. 3.

Cette opinion de Fabre est reproduite par M. Accarias (1). Mais l'éminent auteur ajoute en note : « On peut proposer une autre explication. Dans le premier de nos textes Ulpien rapporterait, sans l'approuver, la doctrine de Trébatius et de Labéon, qui accordait l'action in factum. Dans le second, il émettrait une opinion personnelle, et s'il préfère l'action en partage, c'est que le texte de l'Edit, qui consacre l'action in factum, suppose l'inhumation faite *in loco alterius* expressions applicables à un *non dominus* et non pas à un *socius*. »

Laissant de côté ce qu'il y a de subtil dans cette dernière distinction, nous ne saurions cependant admettre cette seconde explication. En effet, d'après M. Accarias, la décision de Trébatius et de Labéon, comme celle d'Ulpien, est donnée pour le cas où les co-propriétaires demandent le partage. Mais alors que décider dans l'hypothèse où les parties préférant rester dans l'indivision, se contenteraient pour le moment de réclamer l'indemnité à laquelle ils ont droit? L'on ne pouvait évidemment les laisser sans protection. Le cas a pu, a dû même se présenter. Il aurait fallu donner alors *utilitatis causâ*, l'action in factum que la loi 2. § 1. D., XI. 7., donne

(1) Précis de Dr. Romain. I. p. 459 et 460. 3e édit.

au *dominus*. Mais chose bizarre, les juriconsultes ne nous signalent nulle part cette action utile. Il semblerait bien étrange cependant qu'ils n'aient pas prévu l'hypothèse que nous envisageons, alors que nous les voyons entrer, pour notre matière, dans de si petits détails. Nous en avons eu la preuve tout à l'heure, quand nous avons constaté l'existence d'une action utile, pour le cas où l'inhumation avait été faite dans une *arca lapidea*.

Nous venons de voir avec quel soin la loi empêchait qu'une inhumation ne fût faite en violation des droits des tiers, et nous avons indiqué les moyens quelquefois multiples qu'elle mettait à la disposition des intéressés.

Mais la situation inverse pouvait se produire. Il pouvait se faire que le propriétaire, ou toute autre personne ayant le *jus inferendi mortuum*, rencontrât une entrave injuste à l'exercice de son droit. Ici encore, nous retrouvons l'intervention prévoyante du préteur. Il met à la disposition de la personne lésée deux moyens d'obtenir satisfaction.

Il lui donne d'abord l'interdit *de mortuo inferendo*, par lequel elle fera cesser immédiatement tout obstacle (1). Mais il arrivait quelquefois que le propriétaire, cédant à la violence qui lui était faite, préférait transporter ailleurs le défunt, sauf à n'exercer que plus tard les poursuites nécessaires pour se faire indemniser du préjudice qui lui avait été causé. Le préteur avait créé pour ce second cas une *action in factum*. Nous reviendrons d'ailleurs sur ces actions, et nous les étudierons plus loin avec plus de détails.

En passant en revue toutes les conditions nécessaires

(1) L. 1. pr. § 5 D. XI. 8.

pour qu'une chose devienne *res religiosa*, nous avons terminé le programme que nous imposait l'étude de notre premier chapitre.

Logiquement, nous sommes amenés à rechercher comment une chose, devenue religieuse, cesse de l'être. Ce sera l'objet de notre chapitre second.

CHAPITRE II

Comment les Res Religiosæ perdent leur caractère.

La présence d'un cadavre régulièrement inhumé rendait, nous l'avons vu, un terrain *locus Religiosus*. Par une sorte de réciprocité lorsque le cadavre était enlevé, le terrain perdait son caractère religieux et redevenait profane.

Dans les mœurs et les idées romaines, l'exhumation fut toujours vue avec une grande défaveur. On craignait de troubler le repos des âmes fixées dans les sépulcres, et la loi, inspirée par les mœurs, voyait dans le fait de la translation des cendres d'un mort sans une necessité absolue, une violation de sépulture. Il arrivait souvent d'ailleurs, que le testateur prenait soin soit dans son testament, soit dans son épitaphe, de défendre de transporter ses os et ses cendres. Témoin cette inscription :

VETO. RELIQVIAS.
P. VERONIVS. CALLISTVS.
HOMO. OPTIM. HIC. JACET.

Et cette autre qui nous est rapportée par Gruter, *Donum æternam sibi viva posuit* (1), ou encore *De patrimonio suo domum æternam posuit* (2).

(1) Gruter. Corp inscrip. 903. 6.
(2) Ibid. 760. 5.

A ces défenses, recommandations, malédictions même, s'ajoutait quelquefois un luxe de précautions inouï. « On découvrit au XVI^me^ siècle, nous dit Montfaucon, (1) une urne d'albâtre, placée d'une manière qui faisait bien voir combien les Romains craignaient une pareille profanation. Une dame apparemment de qualité l'avait fait mettre dans un bâtiment fort solide, entre deux grandes pierres de taille fermées en dedans, de sorte qu'une partie de l'urne était dans la pierre du dessus, et l'autre partie dans celle du dessous, de façon qu'à moins de séparer ces pierres, on ne pouvait jamais deviner que l'urne était dans les deux. »

L'exhumation n'était légitime que lorsqu'elle était devenue nécessaire. On la considérait comme telle par exemple, quand elle était faite pour éviter une inondation, pour ramener au tombeau de la famille celui qu'on n'avait pu enterrer qu'au loin. (2)

La première formalité à remplir était de demander l'autorisation, soit du collège des Pontifes, (3) soit de l'empereur. (4) Dans les provinces, cette autorisation rentrait dans les pouvoirs du président de la province. (5)

Lorsqu'elle était permise, la translation devait être accompagnée de sacrifices expiatoires, et s'opérer toujours la nuit sous peine de sacrilège. (6) On avait soin alors de la relater sur le nouveau sépulcre.

(1) L'antiquité expliquée et représentée en figures. Supp. V p. 54.

(2) Lucain Lib 8. v 840.

(3) L'autorisation était accordée sur requête. Gruter cite une de ces requêtes gravée sur un ancien marbre. Corp. Inscr. p.607. n. 1

(4) L. 8. pr. D. XI. 7. — L. 14. C. III. 44.

(5) L. 1. C. III. 44.

(6) Sent. Paul. Lib. 1. tit, 21. § 1.

HERENNIAE. LAMPADI.
CONCVBINAE.
HERENNI. POSTHVMI.
CVJVS. OSSA.
SARDINIA. TRANSLATA. SVNT. (1)

Ce sépulcre devenait religieux, tandis que l'ancien rentrait absolument dans le droit commun, car suivant les règles romaines « *una sepultura plura sepulcra efficere non potest.* »

Un tombeau cesse encore d'être une Res Religiosa, lorsqu'il tombe au pouvoir de l'ennemi. Cette solution, qui cadre fort bien avec les autres notions que nous avons des habitudes des Romains pendant la guerre, cette solution, dis-je, était d'ailleurs dictée par l'intérêt même de la religion. S'ils avaient en effet conservé leur caractère sacré et religieux aux mains des vainqueurs, tous les objets consacrés au culte auraient été exposés à des souillures et des profanations qui n'auraient point manqué d'attirer la colère et les malédictions des Dieux ainsi outragés.

Mais la perte du caractère religieux n'etait pas éternelle. L'occupation ennemie venant à cesser, une sorte de rénovation s'opérait, et par une espèce de jus postliminii, tous ces objets reprenaient leur état primitif. Ils étaient même censés ne l'avoir jamais perdu; cet état était supposé être resté à l'état latent, il avait sommeillé : mais il avait suffi d'une recapture pour lui rendre toute sa force et toute son activité.

(1) Terrasson. Histoire de la Jurisprudence Romaine *(Paris* 1750) p. 200.

CHAPITRE III

De la Condition Juridique des Res Religiosæ

Les conditions exigées étant remplies, les lieux de sépulture étaient classés immédiatement parmi les *res divini juris*. La consécration qui en était faite aux Dieux Manes, D. M., les plaçait en quelque sorte hors des atteintes des conventions humaines et les enlevait au commerce de la vie sociale « *in nullius bonis sunt.* » (1) De ce caractère de *res extra commercium*, découlent pour les tombeaux de nombreuses conséquences.

Et d'abord, ils ne pouvaient jamais faire l'objet d'une action en revendication (2). En second lieu la vente en était prohibée (3). Sans doute on pouvait vendre le terrain dans lequel se trouvait un tombeau, mais celui-ci était excepté de la vente, et les héritiers devaient se réserver le droit d'y accéder (4).

On rencontre souvent dans des inscriptions funéraires des défenses faites par le de cujus d'aliéner le lieu de sépulture

(1) L. 6. 2. D. I. 8. — Inst.. de Divisione Rer. § 7.

(2) L 23. 1. L. VI. 1.

(3) L. 22. D., XVIII. 1.

(4) On trouve cependant dans Gruter, p. 1081, une inscription qui parle d'un sépulcre vendu. Mais il s'agissait sans doute, dans ce cas, d'une vente conclue avant qu'aucune inhumation n'ait été faite dans ce sépulcre. (Brummer, ad leg. cinc., ch. 14, n° 3.)

EA. CONDITIONE. NE. FIDVCIENT. NE. VEN
DANT. NEVE. ALIO. QVO. GENERE. ID. SE
PVLCHRVM. SIVE. MONVMENTVM. EST.
ALIENARE. VLLI. POTESTAS. SIT.
H. M. H. N. S.

A l'avantage de confirmer le droit civil, ces défenses joignaient celui d'avertir l'acheteur, de le constituer de mauvaise foi et de le mettre dans l'impossibilité d'échapper, en alléguant son ignorance, à la peine que la loi civile édictait contre l'aliénation d'un sépulcre, acte qu'elle considérait comme un sacrilège. Nous reviendrons plus loin sur cette peine.

Si le vendeur avait vendu le sépulcre comme *locus purus* le préteur, nous dit Ulpien (1), accordait une action in factum *ei ad quem ea res pertinet*. Qu'est-ce à dire ? Ce n'était évidemment point l'acheteur que désignaient ces expressions. Trompé par le vendeur, il avait à sa disposition pour se faire indemniser, l'action *ex empto* ; par suite, il n'avait nullement besoin d'une action *in factum*.

Accurse pense qu'il s'agit ici du vendeur. Le préteur lui aurait accordé une action *in factum* contre celui qui aurait voulu introduire un *extraneus* dans le sépulcre. Mais comment adopter cette opinion ? Les mots « *in eum* » de notre texte ne peuvent évidemment que se rapporter au vendenr. C'est non pas à lui, mais contre lui que sera donnée cette action. Il serait d'ailleurs peu rationnel d'admettre l'intervention du préteur au profit du vendeur. En effet, de deux choses l'une, ou bien celui-ci a agi en connaissance de cause, et alors, il serait vraiment étrange de voir le préteur lui

(1) L. 8., 1. D., XI. 7.

accorder une action, en raison d'un acte qu'il a commis de mauvaise foi, — ou bien le vendeur ignorait le caractère religieux du fonds qu'il a vendu, et alors la vente étant nulle, il n'y a aucune raison pour lui accorder une autre action que celle qui lui serait donnée au cas où il n'y aurait pas eu vente.

Les mots *ei ad quem ea res pertinet*, désignent celui à qui appartiennent les *jura sepulcri*. Il aura une action *in factum* contre le vendeur, car en définitive, il y a peu de différence entre celui qui fait lui-même inhumation dans une sépulture appartenant à autrui, et celui qui vend un sépulcre à un tiers pour y faire une inhumation.

Par cette action, il pourra se faire indemniser de tout l'intérêt qu'il avait à ce que la vente n'eut pas lieu (1).

Insusceptibles de faire l'objet d'une vente, les *res religiosæ* ne pouvaient non plus se transmettre à titre gratuit (2), par legs ou donation. Elles ne pouvaient faire l'objet d'aucune stipulation, alors même qu'on aurait inséré dans la stipulation cette condition : *Si religiosa esse desierit*. — Une telle clause répugnait aux mœurs et aux idées des Romains, la destination des res religiosæ étant réputée éternelle.

On ne pouvait davantage les grever d'aucune servitude. Bien plus l'établissement d'une sépulture dans un fonds, empêchait l'exercice de la servitude de passage sur ce fonds (3), ou du moins en modifiait la direction.

Enfin, de l'inaliénabilité des res religiosæ découlait leur imprescriptibilité (4). *In nullius bonis sunt*, nous disent

(1) L. 8., 1. D., XI. 7.
(2) L. 14, C. VI. 37.
(3) L. 14., 2. D., VIII. 1.
(4) Inst. Lib. II. tit. 6. § 1.

les textes. Or, la première condition pour prescrire, c'est d'avoir la chose en sa possession. D'ailleurs, dès longtemps, cette règle fut admise sans conteste par les Romains. Elle formait même un chef de la loi des XII tables que nous avons déjà cité ; *Fori Bustive æterna auctoritas esto.*

CHAPITRE IV

Du Jus Sepulcri

Quoique placées *extra commercium*, les res religiosæ, à la différence des res sacræ, pouvaient donner lieu à un véritable droit privé. C'est qu'en effet, le *commercium* et la possibilité de rapports juridiques, ne sont nullement des idées équivalentes. Le *commercium* emporte une signification plus étroite, celle de la possibilité juridique d'être objet de commerce *(merx, mercare)*. Or, les choses qui n'ont point cette qualité ne sont nullement soustraites au service de l'homme.

Leur utilité est seulement restreinte ; on ne peut en faire qu'un usage conforme à leur destination. Mais cette restriction n'empêche pas qu'il puisse s'agir de droits relativement à elles.

C'est de ces droits sur les res religiosæ, dont l'ensemble était désigné sous le nom de *jus sepulcri* ou de *jura sepulcrorum* que nous allons nous occuper.

SECTION I

Des éléments du Jus Sepulcri

Le jus sepulcri, comme l'ont remarqué les juriconsultes romains, était très voisin du droit de propriété ; *Veluti causam proprietatis continet* (1).

(2) L. 2. § 2., D. XLIII. 1.

Il s'analysait en trois droits principaux desquels dérivent tous les autres. Le droit de modifier les ornements du tombeau, le *jus mortuum inferendi*, et le *jus inferri*.

Tout d'abord, le jus sepulcri renferme le droit de modifier la forme et l'ornementation du monument (1), d'y faire les réparations jugées nécessaires.

Il y avait toutefois sur ce point une restriction à apporter. Le collège des pontifes devait veiller à ce que tout se passât avec le plus grand respect, *salvâ religione*. Aussi, quand par suite de ces réparations, le cadavre devait être déplacé, ou seulement découvert, une autorisation était-elle nécessaire au même titre que pour l'exhumation (2).

Un incident, qui pouvait se produire à propos de ces réparations, avait préoccupé les jurisconsultes. La loi romaine défendait d'enfouir de l'or, de l'argent, des matières précieuses avec les cadavres. Et, pour donner une sanction à cette défense, à laquelle, il faut le dire, on n'obtempérait pas toujours, elle avait décidé que le trésor ainsi enfoui ne deviendrait pas religieux. (3) Or, il pouvait se faire qu'en déplaçant les restes d'un mort, on découvrit ce trésor. A qui appartenait-il dans ce cas ? Justinien (4) aux institutes, nous dit que d'après l'empereur Adrien, il devenait en entier la propriété de l'inventeur. Mais un texte de Callistrate (5), au Digeste, nous dit que suivant une constitution de Marc-Aurèle et Verus, le fisc pouvait en réclamer

(1) L. 7., C. III., 44.
(2) L. 5., 1. D., XI. 8.
(3) L. 4. 6. D. XLVIII. 13
(4) Lib. II. Tit. 1. § 39.
(5) L. 3. 10. D. XLIX. 14.

la moitié. Comment expliquer la présence de ces deux textes dans les œuvres de Justinien ? Plusieurs interprétations ont été proposées. Voici l'opinion qui nous paraît la plus probable. (1)

Le rescrit d'Adrien s'appliquerait au trésor trouvé par celui qui a le jus sepulcri. Dans ce cas il appartiendrait en entier à l'inventeur. Ce sont, en effet, probablement ses auteurs qui l'y ont déposé, il ne saurait être attribué à personne avec plus de justice. Au contraire, la constitution des Divi fratres s'appliquerait au trésor trouvé dans les tombeaux qu'on pourrait qualifier de publics, et qu'au témoignage d'Aggenus Urbicus, on rencontrait en grand nombre, autour de Rome. Dans cette hypothèse, le fisc prenait pour sa part la moitié du trésor, comme il le faisait pour les trésors trouvés dans les autres lieux publics.

En second lieu nous avons nommé le *jus inferendi mortuum*. C'est le droit d'inhumer un mort dans un sépulcre déterminé : ce droit en comprend plusieurs autres. Il suppose d'abord que celui qui en est titulaire peut arriver librement jusqu'au sépulcre, a le *jus itineris ad sepulcrum*.

Lorsqu'un sépulcre n'avait aucune issue sur la voie publique, et qu'on ne pouvait y arriver qu'en traversant d'autres fonds, celui qui avait le *jus sepulcri*, pouvait réclamer un passage sur le fonds voisin. — Il avait à cet effet, non pas une action civile, mais une action *extra ordinem*.

Le magistrat saisi de cette action devait accorder le droit de passage moyennant une indemnité, *justo pretio*, eu égard au préjudice causé. Il devait s'arranger de façon

(1) Vinnius ad Inst.

à entraver le moins possible l'exercice du droit de propriété du voisin (1), sur le fonds duquel il accordait le passage.

Lorsque le terrain dans lequel se trouvait une sépulture était vendu, il suffisait que le vendeur se réservât le sépulcre lui-même, *locum sepulcri.* (2) Il s'était par là même acquis pour lui et ses descendants le *jus itineris.* L'acheteur était obligé de lui laisser passage. « *Legibus namque prœdiorum vendendorum cavetur ut ad sepulcra quæ in fundis sunt, iter et jus aditûs ambitûs, funeris faciendæ causâ, esset.* (3)

Accurse il est vrai n'entend pas de la sorte notre texte; il traduit le mot « *legibus* » par le mot « *pactis* », de sorte que d'après lui, il serait nécessaire que le vendeur qui après avoir excepté le sépulcre de la vente, se fût aussi expressément réservé le jus itineris.

Nous ne saurions admettre cette opinion. Et d'abord le texte d'Ulpien (4) nous paraît trop formel. *Si venditor exceperit locum sepulcri, si uti viâ prohibetur, agere potest :* rien de plus net et de plus précis.

En second lieu, le texte de Pomponius nous apporte lui-même une nouvelle preuve. Les mots *eo jure utimur* n'ont d'autre sens que celui-ci : l'usage veut, il est admis chez nous. — D'ailleurs, comme le fait remarquer Cujas (5), il serait bien inutile d'avoir le monument sans avoir en même temps la possibilité d'y accéder.

Cette servitude de l'*iter ad sepulcrum* quoique relative à une res religiosa, reste un véritable droit privé,

(1) L. 12. pr., D. XI. 7.
(2) L. 10. D. XI. 7.
(3) L. 5. D. XLVII. 12
(4) L. 10. D. XI. 7.
(5) Op. prior, tom. III., p. 410 et 417. *Lutetia* 1568.

susceptible par suite d'être l'objet de convention. On peut l'acquérir, on peut le faire cesser même après que le sépulcre est devenu religieux (1). Il peut même faire l'objet d'une revendication (2).

Peut-il faire l'objet d'une prescription fondée sur le non usage prolongé pendant un certain temps. Les textes nous répondent formellement que non (3) ; et en effet, rien ne peut forcer le titulaire de ce droit à en user ; il peut n'avoir pas eu de mort dans sa famille, et partant n'avoir pas eu besoin d'user de son droit de passage. Aussi, ne comprendrait-on pas une prescription qui viendrait frapper un homme qui n'a été en définitive coupable d'aucune négligence.

Au *jus itineris*, qu'on appelle quelquefois l'*aditus*, nous rattacherons tout naturellement l'*ambitus*. C'était le droit d'avoir autour du sépulcre l'espace de terrain nécessaire pour l'accomplissement des sacrifices expiatoires que l'on avait coutume de faire sur les tombeaux. Sur ce droit nous n'avons rien de spécial à dire ; il pouvait être considéré comme une prolongation, en quelque sorte, du jus itineris ad sepulcrum, et était soumis aux mêmes règles.

Comme on le voit, ce *jus itineris* était une des principales manifestations du jus sepulcri ; on concevrait même difficilement dans certains cas ce dernier sans l'exercice du premier. C'est à ce point que bien des auteurs confondant le tout avec la partie, désignent presque indifféremment l'un par l'autre, *iter ad sepulcrum est jus sepulcri*, nous dit Guther (4).

(1) L. 14. 1., D. VIII. 1.
(2) L. 1. D., VIII. 5.
(3) L. 4. D., VIII. 6.
(4) De Iure manium, lib. 3., chap. XII., p. 442.

C'est là une erreur évidemment, car si souvent l'*iter* est nécessaire pour l'exercice du *jus sepulcri*, bien souvent aussi il n'en sera pas question. Rome, en effet, selon l'expression pittoresque d'un auteur, était entourée de « faubourgs nécropolitains (1) ». Si quelques riches citoyens se faisaient inhumer dans leurs villas, dans leurs jardins ou dans leurs bois, ce n'était que l'exception. Presque tous, grands et petits, préféraient la voie publique. Toutes les voies qui sortaient de Rome ou qui l'avoisinaient, étaient bordées de sépulcres, notamment les voies Appienne, Latine et Flaminienne (2). Pour tous ces tombeaux situés le long des routes, les titulaires du *jus sepulcri* n'avaient aucunement besoin pour l'exercice de leur droit de ce que nous avons appelé l'iter *ad sepulcrum*.

Hâtons-nous d'ajouter que la servitude de l'iter n'était point la seule que pût entraîner la proximité d'un tombeau. L'écoulement des eaux provenant du monument pouvait occasionner un préjudice au propriétaire voisin. Celui-ci avait-il le droit de se plaindre? Si oui, à qui devait-il s'adresser? La question pouvait paraître délicate. On ne répond en effet du préjudice causé par une chose qu'autant que l'on en est propriétaire, ou tout au moins possesseur. Or, le tombeau dès qu'il est devenu locus religiosus, n'est plus la propriété de celui qui l'a construit. Il semblerait donc que le voisin lésé ne dut avoir de recours contre personne. Cependant Ulpien, rapportant une opinion de Labéon, décide qu'une action pourra être accordée contre l'ancien propriétaire. C'est lui qui a établi l'état de choses actuel, et puisqu'il faut que le voisin ne

(1) Dezobry. — Rome au siècle d'Auguste, IV. Let. CIV.

(2) Cic. Tuscul. I. 7. — Pline VII., Ep. 29.

soit pas impunément lésé, il n'est personne contre qui l'action puisse être plus légitimement intentée que contre l'ancien propriétaire (1).

Après le *jus inferendi*, nous avons annoncé le *jus inferri*. C'est le droit pour une personne d'être enterrée dans tel sépulcre déterminé. Le plus souvent, il se trouvait réuni avec le *jus inferendi* sur la même tête. Cette règle n'était cependant pas absolue. On pouvait avoir le *jus inferri* sans avoir en même temps le *jus inferendi*. Tel était, par exemple, le cas des *socii* qui pouvaient être inhumés dans le terrain dont ils étaient copropriétaires mais à qui il était défendu d'y enterrer un tiers (2).

SECTION DEUXIÈME

De la nature du Jus Sepulcri

Ayant analysé les éléments du jus sepulcri, il nous reste maintenant à en rechercher la nature et les caractères.

Tout d'abord, le jus sepulcri est un droit inaliénable. Ce n'est pas à dire cependant qu'il ne puisse être transféré à des tiers ; le titulaire pouvait le transmettre à ceux qu'il lui plaisait de choisir, pourvu que ce fut par acte de dernière volonté, par testament ou codicille (3). Cette transmission devait d'ailleurs toujours être gratuite ; il n'était point permis de la faire à titre onéreux.

(1) L. 4., pr. D., XXXIX. 3.

(2) L. 41 D. XI. 7.

(3) L. 14. C. VI. 37.

Il y avait, il est vrai, des tombeaux que le fondateur se réservait à lui seul, ou du moins qu'il réservait à certaines personnes déterminées dont il prenait soin d'indiquer les noms dans l'inscription qu'il faisait graver :

INFERRI. HOC. NON. LICET
NISI. QVORVM. NOMINA. SCRIPTA
SVNT. ET. QVIBVS. CAVERO
M. POMPEIO. ITHACO
POMPEIAE. VRBANAE
ITHACI. CONLIBERTAE (1).

La transmission du *jus sepulcri* se trouvait alors toute indiquée.

Mais à côté de ceux-là, se trouvaient des sépulcres construits pour des groupes de personnes qui n'étaient pas individuellement déterminées, on les appelait *sepulcra familiaria* ou *sepulcra hereditaria*.

Les *sepulcra hereditaria* étaient ceux qui avaient été fondés pour les héritiers (2). Ils portaient souvent ces lettres H. M. H. S., qui signifiaient *hoc monumentum heredem sequitur*. Les sepulcra *familiaria* étaient ceux qui étaient destinés aux membres d'une même famille qu'ils fussent ou non héritiers (3).

L'héritier, à vrai dire, acquérait le *jus sepulcri* sur le sepulcrum familiare comme sur le sepulcrum hereditarium (4), mais le parent qui n'était pas héritier n'acquérait de droit que sur le tombeau de famille ; il était exclus du sépulcre héréditaire. De sorte qu'en définitive, l'on

(1) Gruter. p. 990. 2. — Voir aussi p. 994. 4. etc.

(2) et (3) L. 5., D. XI. 7.

(4) L. 6., D. XI. 7. — L. L. 4 et 13., C. III. 44.

peut dire que les *sepulcra hereditaria* n'appartenaient qu'aux héritiers, à eux seulement,—que les *sepulcra familiaria* appartenaient à la fois aux parents et aux héritiers. Il nous suffira par conséquent d'étudier la transmission du jus sepulcri sur les *sepulcra familiaria*; nous la connaîtrons du même coup pour les *sepulcra hereditaria*.

Le *jus sepulchri*, sur les tombeaux de famille passait, nous disent les textes, *familiæ* et *heredibus*.

Et d'abord, que faut-il entendre par *familia*? Faut-il ne comprendre dans cette expression, que ceux-là seuls que la loi romaine regardait comme appartenant à la famille civile? — Faut-il au contraire donner à ce mot le sens de famille naturelle, par opposition à celui de famille civile, et y comprendre tous ceux que reliaient entre eux quelque lien de parenté?

Les décisions que l'on retrouve dans les textes semblent faire croire que les juriconsultes se sont arrêtés plutôt à cette seconde manière de voir. Comme le fait remarquer un ancien auteur « le Droit de sépulture venant plutôt de la nature que de la police des hommes, il faut plutôt observer l'ordre que la nature prescrit, que les distinctions établies par les lois civiles ». (1)

Remarquons, tout d'abord, que l'on retrouve indistinctement dans les inscriptions funéraires pour désigner les sepulcra familiaria, les mots *familiæ suæ* ou *posteris suis*.

L'idée de celui qui élevait un *sepulcrum familiare* était donc de le construire pour lui et sa postérité; par conséquent, de transmettre le *jus sepulcri* à tous ses descendants. Pour les enfants et petits enfants *ex filiis*, cela ne fait aucun doute; ils formaient l'ordre des agnats et

(1) Bretonnier sur Henrys, t. I. p. 132.

par suite faisaient à tous points de vue partie de la famille du *conditor sepulcri*. Mais le jus sepulcri passait-il aussi aux enfants et aux petits-enfants *ex filiabus?* La loi 6 au Digeste XI. 7. nous répond affirmativement. C'était, il est vrai, une exception à la règle formulée dans un texte du Code qui excluait d'une façon générale les alliés et les cognats (1). Mais cette exception était bien en conformité avec l'idée du fondateur, idée que nous avons indiquée précédemment. Celui-ci avait voulu assurer une sépulture à sa famille, à tous descendants *cujuscumque sexus vel gradus* (2). S'il nous fallait d'ailleurs d'autres preuves de l'existence de cette exception, nous en trouverions de nombreuses dans l'histoire. Tous les historiens romains assurent que l'empereur Auguste défendit que sa fille à cause de ses débauches fut inhumée dans son monument. Or, si de droit commun les filles avaient été exclues du sépulcre de leurs aïeux, pourquoi l'empereur aurait-il pris soin de formuler cette prohibition ; la défense de la loi, la règle générale n'eut-elle pas été amplement suffisante? (3).

Pour la même raison, et parce que la vocation aux *jura sepulcrorum* reposait sur les liens du sang et la descendance, *naturalem habet causam*, les émancipés, quoique sortis de la famille civile, n'en conservaient pas moins leurs droits sur le tombeau de leur famille naturelle (4).

Nous trouvons la même solution pour les enfants *exheredati* (5). D'autant plus, comme le remarque le prési-

(1) 8. C. III. 44.
(2) L. 6. pr. D. XI. 7.
(3) Bretonnier sur Henrys. tom. I. p. 131.
(4) et (5) L. 6. D. XI. 7.

dent Fabre, qu'il peut parfaitement se faire, que l'exhérédation ait été dictée au testateur par sa sollicitude pour le bien et l'avantage de l'exhérédé. Aussi quand le testateur avait de justes motifs de se plaindre de son enfant, pouvait-il par une disposition expresse, le priver du jus sepulcri sur son tombeau.

Ici se place naturellement l'examen d'une question, qui fut probablement longtemps débattue par les jurisconsultes romains, et qui est encore fort discutée par les interprètes.

Les affranchis pouvaient-ils, en cette qualité, être inhumés dans les *sepulcra familiaria*? A ne considérer que le sens du mot *familia* donné par le Code (1), on devrait se décider pour l'affirmative, soutenue d'ailleurs par un certain nombre d'auteurs (2).

Ce n'est point cependant notre opinion. Les textes du Code et du Digeste nous semblent trop clairs et trop formels (3), *liberti nec sepeliri, nec alios inferre poterunt,* disent-ils, et ailleurs : *monumentorum inscriptiones sepulcrorum jura ad libertos non transferent.*

On retrouve cependant, comme le fait remarquer le dernier texte que nous venons de citer, des inscriptions portant que le monument a été construit pour les affranchis : *sibi libertisque fecisse* (4).

Mais, outre que ces inscriptions, faites après tout par des particuliers, ne peuvent rien changer au droit, elles visent sans doute le cas où les affranchis avaient été institués héritiers. Ce n'était en effet qu'à cette condition

(1) L. 5., C. VI. 38.

(2) Brisson. Select. Antiq. II. 14. — Struvius Exercit. XV. 69. — D. Gothofredus au Digeste.

(3) L. 6., D. XI. 7. — L. 6., C. III. 44.

(4) Gruter, p. 945. 10. — 954. 2., etc.

qu'ils pouvaient acquérir le jus sepulcri. Ils l'acquéraient alors en tant qu'héritiers, mais leur qualité d'affranchis restait étrangère à cette acquisition (1). C'est ce que constate cette inscription :

DIS. MANIBVS
POMPONIVS. ATIMETVS. FECIT
SIBI. ET. SVIS. ET
HELVIAE. HEREIDI. CONJVGI
BENEMERENTI. ET
LIBERTIS. LIBERTATIBVSQUE
MEORUM. QVOS. TESTAMENTO
HONORAVI
ET. POSTERISQVE. EORVM.

Il nous reste à étudier la dévolution du *jus sepulcri* aux héritiers. Par « héritiers », il faut entendre tous les héritiers quels qu'ils soient, et non seulement les héritiers légitimes, mais les *bonorum possessores*, ceux qui ont fait l'*addictio bonorum libertatis conservandæ causâ*, tous ceux en un mot qui sont *loco heredum* (2). Peu importe, d'ailleurs, la division plus ou moins égale des lots, l'assignation plus ou moins uniforme des parts, faite par le de Cujus, chaque héritier ayant une vocation éventuelle *ad universam hereditatem*. Ce qu'il faut considérer ici, c'est la vocation héréditaire, le choix fait par le défunt. Ainsi le *jus sepulcri* restera à l'institué qui, grevé d'un fidéicommis d'hérédité, aurait restitué tout ou partie de la succession au fidéicommissaire ; et cela, malgré la fiction du S. C. Trébellien (3) qui considérait ce fidéicom-

(1) Fabr. Rationalia, L. 6., D. XI. 7.
(2) Brisson. Select. Antiq. II. 14.
(3) L. 42. D. XXXVI. 1.

missaire comme le véritable héritier. Ce *jus* resterait même à celui qui, après avoir fait adition, se verrait enlever l'hérédité comme indigne (1). Enfin il faudrait donner la même solution pour l'héritier qui userait du *jus abstinendi* à l'égard de l'hérédité paternelle (2). Toutes ces décisions ne sont en définitive que l'application de la règle si connue du droit romain, *semel heres semper heres.*

Le défunt pouvait assigner à chacun des héritiers sa part dans le tombeau, c'est ce que constatent beaucoup d'inscriptions.

CVRTIA. C. L. PRIAPIS.
CVI. PARS. DIMIDIA. HVJVS.
MONIMENTI. CONCESSA. EST. AB.
C. MAECENATE. HELIO. SIBI ET.
P. CVRTIO. SP. F. COL.
MAXIMO. FILIO. ET.
T. JVLIO. AVG. L. GLVCONI.
ET. SVIS. POSTERISQVE. EORVM.

Mais les parents et les héritiers n'avaient pas le droit de se partager le sépulcre (3). Tous avaient sur lui le *jus inferri,* et le *jus inferendi* à un titre égal. Ils ne pouvaient en faire le lot d'un seul, *nec divisione ad unum redigi potuisse.* C'est qu'en effet les tombeaux étant *res extra commercium* ne sont pas considérés comme étant indivis entre les héritiers. Ceux-ci ne peuvent donc renoncer au profit de l'un d'eux au *jus sepulcri.*

(1) L. 33. D. XI. 7.

(2) L. 6. D. XI. 7.

(3) L. 4. C. III. 4. Ce texte ne parle que des sepulcra familiaria, mais il doit être étendu par *a fortiori* aux sepulcra hereditaria (Accurse).

L'inaliénabilité du jus sepulcri n'empêchait donc pas sa transmission. Bien plus, elle n'était pas un obstacle à la validité de certaines conventions relatives à ce droit. Ainsi, celui qui vendait un fonds dans lequel se trouvait un tombeau, pouvait par une clause spéciale, se réserver le *jus sepulcri* (1), et nous avons vu plus haut que cette réserve impliquait tacitement celle de l'*iter ad sepulcrum*.

Mais le vendeur pouvait-il aussi, par une clause du contrat de vente, s'interdire l'exercice de son *jus sepulcri ?* Inutile d'insister sur ce qu'une telle clause peut avoir d'avantageux pour l'acheteur. Elle ne lui confère pas sans doute la propriété du sépulcre, mais elle l'affranchit de tous les inconvénients qui seraient résultés pour lui de l'usage du tombeau par le vendeur et ses héritiers. Le jurisconsulte Paul prévoit cette hypothèse, et il décide qu'un simple pacte ne suffira pas, qu'il faudra faire intervenir une stipulation. *Pactum quidem non sufficit : sed stipulatione id caveri opportet.* Pourquoi cette exigence? Les pactes insérés dans les contrats de bonne foi, et la vente est un de ces contrats, ne sont-ils pas obligatoires comme les contrats eux-mêmes ? (2)

On a tenté bien des explications ; mais aucune n'est pleinement satisfaisante. Peut être faut-il n'y voir qu'une précaution prise par le législateur pour attirer l'attention du vendeur sur la gravité de l'acte qu'il allait faire. (3)

(1) L. 10. D. XI. 7.

(2) L. 11. D. XI. 7.

(3) Accurse, et après lui Cujas, donnent à notre texte une toute autre interprétation. D'après eux, il serait ici question de la vente d'un monument non encore consacré, et la clause dont nous parlons, serait insérée pour enlever à l'acheteur (non au vendeur) le *jus inferendi mortuum,* ou plutôt le droit de faire des inhumations dans le

Le vendeur peut donc, au moyen d'une stipulation, renoncer à son *jus sepulcri* au profit de l'acheteur du fond dans lequel se trouve le sépulcre.

Nous avons vu cependant, tout à l'heure, que des héritiers ne pouvaient renoncer au profit de l'un d'eux, à leur part dans le *jus sepulcri : jus ejus ad omnes pertiner nec divisione ad unum redigi potuisse.* La vente et le partage sont pourtant des actes de même nature, ce sont tous deux des actes d'aliénation. Il semble dès lors que la solution devrait être la même dans les deux cas. Pourquoi donc la renonciation dont il s'agit, est-elle valable au cas de vente, nulle au cas de partage ?

L'explication en est fort simple à donner, et l'antinomie qu'on a voulu trouver entre ces deux décisions est plus apparente que réelle. L'analyse des conséquences des deux renonciations, de celle du vendeur et de celle des héritiers, nous montrera le bien fondé des solutions de nos textes. La renonciation du vendeur, en effet, éteint le jus sepulcri de celui-ci ; mais elle ne confère aucun droit à l'acheteur. Ce dernier n'en retire aucun bénéfice.

terrain vendu. Un simple pacte ne suffirait pas à cet effet, car le vendeur n'a aucun intérêt à exiger son exécution, et pas d'intérêt, pas d'action. Il faudra faire une stipulation, et une stipulation avec clause pénale dont l'effet est précisément de suppléer au défaut d'intérêt, et de donner ainsi naissance à une action.

Cette interprétation ne saurait nous agréer. Comment appliquer, en effet, à l'acheteur les mots de notre loi *quos jus est inferre.* Ce n'est que pour le vendeur, au cas où il s'agirait d'un sépulcre déjà consacré, qu'il peut être question d'un *jus inferendi.*

D'ailleurs, les mots *quod si* qui commencent notre loi, montrent bien que le compilateur a voulu établir une antithèse entre les lois 10 et 11, et que par suite la seconde doit s'interpréter par la première. Or, celle-ci visait le cas d'un vendeur qui se réserve le *jus sepulcri*; il est tout naturel alors de supposer que l'autre a en vue l'hypothèse d'un vendeur qui veut, au profit de l'acheteur, s'enlever le même droit.

Au contraire, chaque héritier ayant une vocation éventuelle *ad universam hereditatem,* la renonciation de plusieurs d'entre eux au profit d'un seul tendrait à investir celui-ci d'un nouveau droit, ou plutôt d'une augmentation de droit. Ce serait donc véritablement un acte de disposition, et l'on comprend qu'on ait pris soin de le défendre.

L'inaliénabilité du jus sepulcri amène tout naturellement comme conséquence son imprescriptibilité. Ulpien nous formule d'ailleurs très nettement cette règle (1) : *Longâ possessione jus sepulcri non tribui ei qui jure non competit.* Cependant nous la trouvons formellement contredite par une constitution de l'empereur Alexandre insérée au code. *Præscriptio autem longi temporis si justam causam initio habuerit vobis proficiet.* (2)

Plusieurs conciliations ont été proposées.

D'après Accurse et Pothier (3), la décision que nous venons de transcrire, se rapporterait à ce qui était dit dans la phrase précédente du même texte, et n'aurait trait qu'aux mots *loci puri* qui s'y trouvent. — Mais alors notre loi ne ferait que rappeler une règle connue, et n'aurait aucune portée.

Godefroyd a proposé une autre explication qui, bien que conjecturale, n'en donne pas moins un sens particulier à notre texte. Remarquant que la constitution d'Alexandre vise spécialement les affranchis, c'est pour eux, dit-il, et pour eux seuls que la *longa possessio* sera une cause suffisante d'acquisition. Le mot *vobis*, qui se trouve dans la partie du texte que nous avons citée, s'applique en

(1) L. 4. D. XI. 8.
(2) L. 6. C. III. 44.
(3) Ad Pand.

effet naturellement au mot *liberti*, qui se trouve dans la première partie. Que les affranchis soient d'ailleurs dans une situation spéciale, cela se conçoit aisément, car, si au point de vue qui nous occupe, nous n'avons pas cru pouvoir leur donner l'entrée des sepulcra familiaria, nous n'en devons pas moins reconnaître qu'ils sont attachés à leur patron par un grand nombre de liens puisqu'ils portent ordinairement son nom, font partie de la même gens, etc.

SECTION III.

Comment le Jus Sepulcri est-il protégé?

Nous avons vu que les prérogatives du *dominus sepulcri* (1) pouvaient se ramener à trois principales. Nous devons rechercher maintenant les mesures de protection qui se rattachent à chacune d'elles.

Au droit de modifier la forme et l'ornementation du tombeau, d'y faire les réparations jugées nécessaires, correspond l'interdit de *sepulcro ædificando, vel reficiendo, vel perficiendo.*

Au *jus inferri*, au *jus inferendi* se rapportent l'interdit de *mortuo inferendo* et une *actio in factum.*

Ce sera tout naturellement l'objet de deux paragraphes.

(1) L'expression *Dominus sepulcri*, que nous rencontrons dans plusieurs textes, L. 6., D. XLVII. 12., ne doit pas être prise à la lettre. Mais elle nous fait mieux apprécier la situation particulière de celui qui a le jus sepulcri par rapport au tombeau.

§ I. — *De l'Interdit* DE SEPULCRO ÆDIFICANDO, VEL REFICIENDO, VEL PERFICIENDO.

La formule de cet interdit nous est indiquée au Digeste : *quo illi jus est invito te mortuum inferre, quo minus illi in eo loco sepulcrum sine dolo malo ædificare liceat, vim fieri veto* (1).

Cette tournure de phrase, *vim fieriv eto*, nous montre assez que nous sommes en présence d'un interdit contenant une défense, et appartenant par suite à la classe de ceux que l'on a appellés les interdits *prohibitoires*. — Ces interdits avaient ceci de particulier et de spécial, qu'il fallait nécessairement, lorsqu'on les employait, plaider *cum periculo* ou *cum pœna* ; c'est-à-dire qu'il intervenait entre les parties des *sponsiones* réciproques. Le demandeur stipulait d'abord une certaine somme, sous la condition que son adversaire serait jugé avoir contrevenu à l'édit. Puis le défendeur stipulait pareille somme sous la condition inverse. De sorte qu'en définitive, la partie qui succombait, quelle qu'elle fût, perdait, à titre de peine, le montant de sa *sponsio*. — Cette procédure obligatoire dans les interdits prohibitoires n'était que facultative dans les interdits exhibitoires ou restitutoires.

Les termes de l'édit semblent au premier abord, ne se rapporter qu'à la construction du sépulcre, et ne point s'occuper de la réparation ou de l'ornementation. Mais ces deux dernières opérations sont comprises dans le mot *ædificare* par un *a fortiori* que les textes eux-mêmes nous indiquent (2). *Ædificare autem non solum qui*

(1) L. 1. § 5. D. XI. 8.

(2) L. 1. § 9. D. XI. 8.

novum opus molitur, intelligendus est, verum is quoque qui vult reficere.

Contre qui cet interdit est-il donné? Contre celui qui met un obstacle à la construction, *ei qui ædificare prohibet* (1). Mais quels sont les actes qui constituent une prohibition? Il serait difficile de poser un principe juridique bien précis. Ce que l'on peut dire, c'est que, d'une façon générale, tous les actes quelconques qui apportent de près ou de loin, une entrave aux travaux à faire, pourront donner lieu à la délivrance de l'interdit par le magistrat. Les textes nous en donnent quelques exemples. Ainsi le fait d'empêcher le transport des matériaux, ou l'arrivée des ouvriers nécessaires à la construction, sont des entraves suffisantes. Ainsi encore, lorsque le fond de Primus est grevé d'une servitude qui permet à Secundus d'y prendre un point d'appui pour élever ses échafaudages, soutenir ses machines (2), si Primus met obstacle à l'exercice de la servitude, il y aura lieu à la délivrance de notre interdit.

Quelqu'un qui a laissé s'achever le monument, fait-il ensuite un acte capable de le détruire, le préteur délivrera encore l'interdit (3). Et en effet, empêcher de bâtir, ou démolir ce qui a été élevé, ne sont-ce pas là deux actes qui donnent pour résultat définitif l'absence de toute construction? Notons que dans cette dernière hypothèse il y aura lieu en outre à l'action *de sepulcro violato* (4).

Dans les différentes espèces que nous venons de rappor-

(1) L. 1., § 8. D., XI. 8.

(2) Voir dans Guther, la description de cette *machina*, dont il est question au texte (de Jure manium, Lib. III., ap. XV., p. 459).

(3) L. 1., § 10. D., XI. 8.

(4) L. 2. et 3., D. XLVII. 12.

ter, il faut évidemment supposer que l'obstacle apporté, l'était illicitement. Il va sans dire que si celui qui s'oppose à la construction du tombeau ne fait qu'user de son droit, le préteur ne saurait délivrer d'interdit pour soutenir les prétentions de son adversaire.

C'est donc que l'interdit n'était accordé qu'à celui qui élevait le sépulcre là où il en avait le droit. Ainsi par exemple, supposons qu'on veuille le faire à moins de soixante pieds d'une habitation (1) sans avoir obtenu le consentement du propriétaire de cette maison, celui-ci fera impunément opposition aux travaux, et l'interdit ne saurait être valablement accordé contre lui. Le propriétaire qui se prétend lésé n'aura qu'à faire, dans cette hypothèse, une *operis novi nuntiatio* (2) dont l'effet immédiat sera de faire surseoir à toute opération. S'il omettait de faire cette *nuntiatio*, il n'aurait plus, l'œuvre achevée, aucun autre moyen d'action que l'interdit *vi aut clam*. Encore faudrait-il pour cela qu'il y eut eu violence ou clandestinité. Car si le sépulcre s'était élevé au vu et au su du propriétaire voisin, sans réclamation de sa part, son silence s'interpréterait dans le sens d'un acquiescement tacitement accordé au nouvel ordre de choses qu'on aurait créé (3).

§ 2. — *De l'interdit* DE MORTUO INFERENDO *et de* L'ACTIO IN FACTUM.

Les deux autres éléments du *jus sepulcri*, le *jus inferendi mortuum* et le *jus inferri* sont protégés à la

(1) Loi des XII tables.
(2) L. 3. pr. D. XI. 8.
(3) L. 3. § 1. D. XI. 8.

fois par un interdit et une action. Ces deux moyens n'ont cependant pas absolument le même résultat. L'un a pour objet de mettre un terme à la violence, l'autre sert à procurer à la partie lésée des dommages et intérêts.

Nous allons donc étudier séparément l'interdit de mortuo inferendo et l'actio in factum.

Commençons par l'interdit.

C'est encore Ulpien qui nous en donne la formule (1). *Quo quave illi mortuum inferre invito te jus esset, quominus illi eo eave mortuum inferre, et ibi sepelire liceat, vim fieri veto.* Comme pour l'interdit de sepulcro ædificando, les derniers mots, *vim fieri veto*, nous indiquent assez que nous sommes encore en présence d'un interdit prohibitoire. Nous n'avons qu'à nous reporter à ce que nous avons dit à ce sujet dans le paragraphe précédent.

Nous avons encore à nous demander à quelles conditions, à qui, et contre qui cet interdit sera délivré.

Et d'abord à quelles conditions ? Les textes du digeste ne nous donnent pas de règle générale ; ils ne contiennent que des solutions d'espèces. Ainsi veut-on empêcher l'exercice du jus itineris, s'oppose-t-on à l'usage d'une servitude quelconque (2), veut-on séquestrer un cadavre (3), en empêcher le transport sur la voie publique, tout cela donnera lieu à la délivrance de l'interdit *de mortuo inferendo*, non moins que le fait plus brutal et plus violent de barrer l'accès du sépulcre ou du tombeau.

De toutes ces décisions, il semble découler ce principe général, que la seule condition nécessaire pour la déli-

(1) L. 1. pr. XI. 8.
(2) L. 1. § 1 et § 3 D. XI. 8.
(3) L. 38. D. XI. 7.

vrance de l'interdit, c'est qu'il y ait une entrave apportée directement ou indirectement à l'exercice du *jus inferendi*, ou du *jus inferri*.

Mais à qui cet interdit sera-t-il accordé? Il est évident, à peine est-il besoin de le dire, qu'il sera donné tout d'abord à celui qui a le *jus inferendi mortuum*. C'est pour lui surtout qu'il a été créé et organisé (1).

Remarquons qu'il importe peu qu'il s'agisse de l'inhumation dans un terrain déjà consacré, ou dans un *locus purus*. Du moment que le *dominus* rencontre un obstacle à l'exercice de son droit, il aura valablement recours à l'interdit.

Ce n'est pas tout, et notre matière présente ici une particularité curieuse qui nous est rapportée par Papinien. Notre interdit pourra très bien être invoqué par des personnes qui n'ont pas à proprement parler le *jus inferendi*, et qui en inhumant le *de cujus*, ne rendront pas le terrain qu'ils consacreront à l'inhumation *res religiosa* (2). Ainsi le nu-propriétaire d'un terrain dont un autre a l'usufruit, ne peut sans le consentement de l'usufruitier, rendre le terrain religieux en y enterrant un mort ; nous l'avons vu plus haut. Un *socius* ne le pourrait pas davantage, sans le consentement de ses copropriétaires. Et cependant, supposons que ce *dominus*, ce *socius* veuillent faire une inhumation dans ce terrain, auquel ils ne pourront donner aucun caractère religieux, ils disposeront si on les en empêche de l'interdit de *mortuo inferendo*.

La loi semble donc faire une distinction entre le jus inferendi et le droit de rendre par l'inhumation un terrain res religiosa ; distinction à la vérité difficile à admettre,

(1) L. 1. pr. et § 1. D., XI. 8.

(2) L. 38. D., XI. 7.

car, comment comprendre que ces deux droits puissent aller l'un sans l'autre ? Comment admettre que l'on puisse légalement faire une inhumation dans tel terrain, si l'on ne peut, par cette inhumation, lui conférer un caractère religieux ?

Il semble qu'il y ait là un manque de logique qui eut dû frapper les jurisconsultes romains. Il les frappa en effet. Mais ce que la stricte raison les engageait à repousser, des motifs supérieurs d'utilité publique et de respect à la religion les forçaient à l'admettre. Il importait beaucoup, nous l'avons déjà vu, *ne insepulta jaceant cadavera.* Il fallait donc de toute nécessité pourvoir dans le plus bref délai à l'inhumation des morts, sauf à porter atteinte aux principes généraux du droit. Et c'est pourquoi on reconnaissait, dans les cas que nous avons cités, un *jus inferendi*, au moins provisoire, au *Dominus* et au *Socius*. Ce droit, nous le répétons, n'était que provisoire ; à la requête de l'usufruitier, des autres socii, on opérait une translation du cadavre, dès que l'on avait trouvé un autre terrain convenable et propre à le recevoir.

Nous avons annoncé un second moyen qui protège le *jus inferendi*. Il s'agit d'une action prétorienne *in factum*.

Donnée comme l'interdit *de mortuo inferendo* (1), à l'occasion du même fait, elle ne se confond pourtant pas avec lui et ne saurait être considérée comme une inutilité ou une superfétation. Son but et ses résultats sont absolument différents.

Celui que l'on veut empêcher d'exercer son *jus inferendi* peut, nous venons de le voir, demander au préteur, de faire cesser la violence qui lui est faite. Mais il peut aussi, pour éviter un scandale, ou pour tout autre motif,

(1) L. 9. D. XI. 7.

n'y pas vouloir résister, et s'en aller faire ailleurs l'inhumation qu'il avait projetée. Seulement, comme en définitive son droit a été violé, il a droit à une réparation. C'est pour cela que le préteur met à sa disposition une action *in factum*. Cette action lui permettra de poursuivre l'auteur de la violence et de se faire indemniser de tout l'intérêt qu'il avait à ne pas souffrir de trouble (1). L'élément principal de cette indemnité sera le prix du terrain qu'il a fallu acheter pour la sépulture. Puis viendront en considération une foule de circonstances de temps, de lieu et de personnes, souverainement appréciables par le juge.

En ce qui concerne la question de savoir quelles étaient les conditions auxquelles l'obtention de cette action était soumise, quelles étaient les personnes à qui elle était accordée, les règles sont les mêmes que pour l'interdit *de mortuo inferendo*.

Comme l'interdit, elle était accordée contre l'auteur de la violence.

Mais ici se présente une question nouvelle. Cette action pouvait-elle être exercée contre les héritiers de l'auteur de la violence? — pouvait-elle l'être par les héritiers de celui qui en avait été victime?

De l'examen que nous en avons fait, il résulte que cette action se présente à nous avec les caractères des actions *rei persecutoriæ*. Elle n'a pour but que la réparation du préjudice causé; elle ne contient la demande d'aucune condamnation pénale. Or, suivant les règles du droit, ces sortes d'actions passent activement et passivement aux héritiers. Cependant, nous dit Gaïus et à son grand étonnement, on n'admettait point de son temps cette conséquence en ce qui concerne notre action : *Unde*

(1) L. 9. D. XI, 5.

miror, quare constare videatur neque heredi, neque in heredem hanc dandam actionem (1).

Comment expliquer que cette solution ait eu cours parmi les jurisconsultes romains ? Comment surtout la concilier avec les principes généraux du droit sur la transmissibilité des actions ?

D'après Accurse, l'opinion que rapporte Gaïus, n'aurait jamais été prise bien au sérieux. Après les mots *constare videtur*, il faut d'après lui, ajouter le mot *imperitis*. En sorte que la décision que rapporte le jurisconsulte romain n'aurait jamais été le fait que de quelques juristes ignorants du droit.

Selon l'illustre glossateur, l'action passait activement et passivement aux héritiers. Il n'en veut d'autre preuve que les termes d'une autre loi : *hæc actio non est annua sed perpetua, et heredi, cœterisque successoribus et in successores datur* (2) termes d'ailleurs corroborés par ceux de la loi 7 pr. D, de religiosis.

Cette interprétation d'Accurse ne saurait être admise. L'interpolation qu'il fait du mot *imperitis* est purement gratuite, et rien ne la justifie. Il est peu probable, au contraire, que Gaïus se fût attardé à rapporter comme constante une opinion qui n'aurait eu d'autre patronage que celui de juristes ignorants.

Quant aux termes des lois 7 et 31, il nous suffira de remarquer qu'ils visent d'autres actions que la nôtre. Et en effet, la loi 7 parle de l'action *in factum* donnée contre celui qui fait une inhumation dans un terrain qui ne lui appartient pas. Quant à la loi 31, elle a trait non à l'action *in factum* qui nous occupe, mais à l'*actio funeraria* qui est toute autre.

(1) L. q. infine D. XI. 7.

(2) L. 31. § 2. D. XI. 7.

Cujas (1) pense qu'il ne faut chercher aucune explication au texte de Gaïus ; que nous nous trouvons en présence d'une de ces décisions dont le jurisconsulte Julien a dit (2), *non omnium quæ a majoribus nostris constituta sunt, ratio reddi potest.*

Il n'y a aucune bonne raison d'après lui de déclarer notre action in factum intransmissible. — Il en est ainsi parce qu'il en est ainsi.

Telle n'est pas cependant l'opinion de tous les interprètes du droit romain ; et plusieurs considérant que si Gaïus avait relaté une pareille solution, c'est qu'elle devait avoir une certaine autorité, ont recherché quels pouvaient bien être les motifs qui avaient pu l'appuyer.

Fabre (3), et après lui Voët (4), se sont arrêtés à la conjecture suivante qui, quoique hypothétique, nous paraît cependant probable. D'après eux, et ils s'appuient sur un texte formel du Code (5), l'entrave apportée à la sépulture est une injure faite au cadavre du défunt, *injuriam fieri reliquiis defunctorum.* L'action *in factum* qui est accordée dans ce cas, aurait donc plus d'une affinité avec l'action d'injures. Comme cette dernière, elle aurait pour but la réparation de l'outrage fait au défunt, et d'une façon subsidiaire une condamnation pécuniaire. On comprend que cette similitude ait frappé certains esprits, et leur ait fait admettre au sujet de la transmissibilité de l'action *in factum* dont nous parlons, les mêmes règles que celles admises pour l'*actio inju-*

(1) Observ. Lib. 8. cap. 12.

(2) L. 20. D. I. 3.

(3) Rationalia ad til. de religiosis.

(4) Voët ad Pandectas.

(5) L. 6., C. IX. 19.

riarum. Or, personne ne conteste que celle-ci soit intransmissible et qu'elle ne puisse être exercée ni par les héritiers ni contre eux (1). C'est pourquoi l'on avait admis la même solution pour notre *actio in factum*.

De cette façon s'explique très bien la controverse que nous indique Gaïus, et dans laquelle il nous donne son opinion, contraire à celle de la majorité.

(1) Gaïus Inst. IV, § 12. — Justin. Lib. IV, Tit. XII. § 1.

CHAPITRE V

Protection des Res Religiosæ. Répression des violations de sépultures

La courte étude que nous venons de faire sur les tombeaux à Rome, nous a montré combien était grand le culte que les Romains professaient pour leurs morts.

Aussi, à côté des mesures générales que les lois édictaient pour la sauvegarde de la propriété et la protection des droits de chacun, ne serons-nous pas étonnés de trouver une législation spéciale à la sauvegarde et à la protection des sépulcres. Profaner un tombeau, c'était à la fois commettre un crime contre la religion, causer un trouble à l'ordre social, et porter une atteinte aux droits d'un particulier.

Le droit pontifical et la législation civile se rencontrant sur un terrain commun, organisèrent contre la violation des sépultures un système de répression énergique. Il se traduisit par la création de deux actions ; le *crimen publicum sepulcri violati* dont le but était uniquement la punition de l'acte commis, en raison du trouble social qu'il avait occasionné, et l'action de *sepulcro violato* qui aboutissait en même temps à la réparation du préjudice causé.

Nous verrons, à propos de ces actions, à quelles condi-

tions elles pouvaient être exercées, à qui et contre qui elles étaient données.

Mais comme les conditions seront les mêmes pour l'une et pour l'autre, afin de simplifier l'exposition du sujet, nous les examinerons dans un premier paragraphe.

§ 1. — *A quelles conditions le* CRIMEN PUBLICUM SEPULCRI VIOLATI, *et l'*ACTIO DE SEPULCRO VIOLATO *pouvaient-ils être exercés ?*

Ces conditions peuvent se ramener aux trois suivantes que nous allons examiner successivement.

PREMIÈRE CONDITION. — Il est évident qu'il faut tout d'abord que les actes de profanation s'adressent à un tombeau devenu *locus religiosus*. Il faut donc qu'il ait été satisfait aux conditions exigées pour lui conférer ce caractère. Nous n'avons pas à insister davantage sur ce premier point que nous avons exposé tout au long dans notre premier chapitre.

DEUXIÈME CONDITION. — Il faut en second lieu qu'il y ait eu réellement profanation. Mais en quoi devra-t-elle consister? Les façons dont on peut violer une sépulture sont nombreuses, et pour les prévoir toutes, il faudrait prévoir tout ce que peuvent imaginer la malice et la perversité humaines. Les textes nous donnent sur cette matière de nombreuses décisions. Examinons les principales.

On commet le crime de violation de sépulture : 1° D'une façon générale, en dégradant les monuments élevés à la mémoire des défunts, *deteriorem conditionem faciendo* (1)

(1) L. 7. D. XLVII. 12.

soit que l'on cherche seulement à en effacer les inscriptions soit qu'on se contente d'en enlever des pierres ou des colonnes pour les convertir à un autre usage, soit que l'on aille au contraire jusqu'à une démolition complète. (1)

2° En introduisant dans le sépulcre un cadavre qu'on n'a pas le droit d'y enterrer (2). Ainsi serait condamné l'héritier qui, en faisant une inhumation dans le *sepulcrum hereditarium,* aurait contrevenu à la volonté formelle du défunt. (3)

3° En habitant un tombeau sans en avoir le droit (4). C'est un mode de violation dont nous ne comprendrions plus aujourd'hui le sens, si nous ne trouvions dans les anciens auteurs des explications à ce sujet. Il faut savoir en effet que les sépulcres avaient à Rome des dimensions autrement considérables que celles que nous pourrions leur supposer d'après les tombeaux de nos cimetières d'aujourd'hui. Un marbre conservé au musée d'Urbin, publié par M. de Rossi (5), donne l'idée complète de ce que pouvait être un domaine funéraire. Outre le monument principal, composé souvent de plusieurs chambres, *monumentum cum ædificio superposito*, il y avait un certain nombre de salles accessoires, construites à côté du monument lui-même. Elles servaient au logement du concierge, du gardien du tombeau. Bien souvent en effet, le testateur ordonnait à ses esclaves comme condition de leur liberté, ou à ses affranchis comme condition de certains legs, d'habiter son

(1) L. 4. C. IX. 19.

(2) L. 2. § 2. D. XI, 7

(3) L. 3. § 3. D. XLVII. 12.

(4) L. 3. pr. D. XLVII. 12.

(5) Roma Soterranea t. I., 2e partie, p. 57.

sépulcre pour perpétuer sa mémoire et y célébrer des sacrifices : *quos libertos meos, ubi corpus meum positum fuerit, ibi eos morari jubeo, ut per absentiam filiarum mearum ad sarcophagum meum memoriam meam quotannis celebrent* (1). Mais on le comprend, si les lois n'y avaient pris garde, bon nombre de voyageurs ou de vagabonds eussent pu être tentés de s'installer dans les appartements somptueux qui entouraient les tombes. Aussi l'*habitatio sepulcri* faite sans droit était-elle considérée comme une violation de sépulture et punie comme telle (2). Nous verrons même tout à l'heure qu'elle était réprimée d'une façon particulièrement sévère.

4° On violait encore les tombeaux en les chargeant de pierres. On empêchait, en effet, de cette façon l'accomplissement de ce souhait si souvent exprimé dans les inscriptions funéraires par les lettres initiales S. T. T. L., qui signifiaient : *sit tibi terra levis*. Toutefois, ces pierres ne devenaient une insulte que lorsque en les jetant, on proférait des injures contre la mémoire du défunt.

5° Il y avait violation lorsque l'on touchait aux cadavres de ceux qui étaient renfermés dans le tombeau. Mais il fallait pour que la profanation fût réalisée, qu'il y eût ce que les Romains appelaient la *contrectatio cadaveris*, mot que nous aurions peine sans doute à traduire dans notre langue d'une façon bien précise. Cette *contrectatio* pouvait avoir un caractère plus ou moins grave. Tantôt elle consistait dans le simple fait de toucher le cadavre, de le découvrir, alors que l'on faisait des réparations au tombeau ; tantôt, au contraire, c'était le fait

(1) L. 18. § 5. D. XXIV. I.

(2) Sent. Paul. Lib. I. Tit. 21. § 12. — L. 3. pr. et § 6. D. XLVII. 12.

d'exhumer le cadavre pour le priver de sa sépulture, ou le mutiler, ou bien encore le dépouiller des objets précieux avec lesquels on l'avait enseveli. Enfin, nous l'avons vu plus haut la simple *translatio cadaveris*, faite sans avoir obtenu l'autorisation des pontifes, était encore une profanation.

6° Étaient en dernier lieu passibles du *crimen sepulcri violati*, ceux qui vendaient comme *locus purus* un terrain qu'une inhumation avait déjà consacré au culte des morts (1) ; ceux qui, créanciers du défunt, voulaient mettre un obstacle à son inhumation pour forcer ses héritiers à les payer.

Comme on le voit, on entendait d'une façon assez large en droit romain, les mots *violation de sépulture*. En effet, si parmi les cas que nous avons cités, beaucoup constituent de véritables violations, parce qu'ils sont des atteintes directes soit au monument lui-même, soit aux restes du défunt ; il est toute une série de faits, ceux que nous avons énumérés en dernier lieu, que ne désignerait pas l'expression violation de sépulture, si la loi ne l'avait indiqué formellement. Cette extension s'explique d'ailleurs par le motif qui a inspiré le législateur ; il voulait, en raison de l'importance sociale du culte des morts, empêcher tous les actes propres à en diminuer le prestige et à porter atteinte aux choses qui y étaient consacrées.

TROISIÈME CONDITION. — Ce n'était pas tout d'avoir commis l'acte matériel, sans lequel il ne pouvait à vrai dire y avoir violation de sépulture. A côté de ce premier élément, la loi romaine exigeait aussi un élément moral. Il fallait qu'il y ait eu de la part de celui qu'on voulait

(1) L. 1. C. IX. 19.

poursuivre, un *dolus malus*. Aussi ceux qui étaient incapables d'avoir cette intention mauvaise, comme les impubères, les fous, n'étaient-ils point passibles de poursuites ni de peines (1). La même solution s'impose évidemment à l'égard de ceux qui, tout en commettant l'un des faits prévus par la loi, l'avaient commis de bonne foi, c'est-à-dire, sans l'intention de violer le sépulcre.

§ 2. — *A qui et contre qui compéte l'*ACTIO DE SEPULCRO VIOLATO.

L'action que nous allons examiner maintenant est souvent qualifiée d'action *civile*, par oppositiou au *crimen sepulcri violati* qu'on appelle action *criminelle*. Il ne faudrait pas cependant prendre à la lettre ces dénominations qui porteraient à croire que l'action *de sepulcro violato* tend toujours et uniquement à la réparation du préjudice causé à la personne qui l'exerce.

Ce qu'il y a de vrai, c'est que l'action *de sepulcro violato* tend à la condamnation à une certaine somme d'argent, dont nous déterminerons tout à l'heure la quotité. Dans cette condamnation pourra bien entrer dans certains cas, comme élément d'appréciation, le préjudice causé, mais nous verrons qu'il y a un minimum fixé par la loi dans toutes les hypothèses, et que même bien souvent ce minimum ne peut être dépassé, quelque soient d'ailleurs la nature et l'importance des dégradations qui ont été commises.

Seulement ce qui a amené ces qualifications, c'est que, tandis que l'on n'aperçoit dans le résultat du *crimen sepulcri violati* qu'une peine corporelle qui ne profitera

(1) L. 3. § 1. D. XLVII. I.

à personne, on voit dans l'action *de sepulcro violato*, le paiement d'une somme d'argent payée aux poursuivants, dont le montant pourra servir à les indemniser des frais qu'ils auront faits pour effacer les traces de la profanation ; c'est dans ce sens qu'il faut interpréter ce texte : *de sepulcro violato actio quoque pecuniaria datur.* (1)

En définitive donc, cette action *de sepulcro violato* est une action pénale ; elle ne fait point à proprement parler partie du patrimoine. Elle a moins en vue un simple intérêt pécuniaire qu'une vengeance qui s'exerce au nom de la société offensée. Les commentateurs la qualifient d'*actio vindictam spirans*, qualification tirée des expressions romaines « vindictam continet, » — « ad ultionem pertinet » (2).

Ceci posé, qui pourra exercer l'action *de sepulcro violato ?*

L'édit du préteur répond à cette question ..... *in factum judicium dabo, ut ei ad quem pertineat, quanti ob eam rem æquum videbitur, condemnetur* (3).

Celui que le préteur désigne par ces mots *ei ad quem pertineat*, c'est celui qui a sur le tombeau le *jus sepulcri*. Le droit d'agir lui est propre et personnel, de telle sorte que dans le cas où le *jus sepulcri* appartiendrait à plusieurs personnes à la fois, chacune d'elles pourrait exercer pour sa part l'action *de sepulcro violato* contre le délinquant (4).

Il peut se faire que celui qui a ce *jus sepulcri* préfère ne pas exercer de poursuites, ou ne soit pas en mesure de

(1) L. 9. D. XLVII, 12
(2) L. 6 et L. 10. D. XLVII. 12.
(3) L. 3. pr. D. XLVII. 12.
(4) L. 3. § 9. D. XLVII. 12.

le faire. Il importe cependant, dans l'intérêt de la religion, dans celui de l'ordre public, que la violation de la sépulture ne reste point impunie. Aussi, prévoyant cette hypothèse, le préteur confiait-il d'une façon générale à tous les citoyens la sauvegarde des grands intérêts qui étaient en jeu.

Le premier venu pouvait, en quelque sorte comme *procurator populi*, prendre l'initiative des poursuites, et traduire à ses risques et périls le profanateur devant les juges (1). Si plusieurs personnes, sans avoir aucun intérêt direct à la poursuite, se présentaient en même temps, on ne pouvait évidemment permettre à chacune d'elles d'exercer l'action. Cette solution eût été trop sévère pour être juste. Le préteur avait alors à choisir entre elles, et à désigner celle qui lui paraissait avoir le plus de droit. C'était une question laissée toute entière à son appréciation (2).

Notre action *sepulcri violati* est donc une de celles que les Romains appelaient *populaire* (3). — Est-ce à dire cependant qu'il n'y avait entre le cas où elle était intentée par une personne intéressée, et celui où elle était exercée par le premier venu, aucune différence ?

Non certes. Quand les poursuites avaient lieu sur l'initiative de celui que les textes désignent par ces mots, *quivis ex populo*, elles ne pouvaient aboutir qu'à une condamnation fixée d'une façon invariable à 100 sous d'or (4). Au contraire, quand c'était le titulaire du *jus sepulcri* lui-même qui agissait, la quotité de la condam-

(1) L. 3. pr., D. XLVII. 12.
(2) L. 3. pr., D. XLVII. 12.
(3) L. 3. § 12. D. XLVII. 12.
(4) L. 3. pr. D. XLVII. 12.

nation sans pouvoir jamais être inférieure à *centum aurei*, pouvait les dépasser d'une somme qui variait suivant la nature de la profanation, le préjudice causé, les dégradations faites au tombeau, le gain que le violateur pouvait avoir retiré de ses actes, etc.

Dans un cas cependant, lorsqu'on se trouvait en présence de la profanation particulière que nous avons appelée *habitatio sepulcri*, la peine était invariablement fixée à deux cents sous d'or.

Notons d'ailleurs que celui qui était, personnellement intéressé à la poursuite pouvait toujours, alors même qu'il s'était laissé devancer par d'autres, reprendre l'exercice de l'action *de sepulcro violato*. La seule condition exigée pour cela, c'était qu'il arrivât avant la *litis contestatio*. Car dès lors, l'action déduite en justice, *semel inclusa judicio*, était éteinte et ne pouvait plus être exercée de nouveau. Cette solution était immuable. En vain, supposerait-on l'hypothèse la plus favorable, celle où l'intéressé était absent pour le service de la république. A son retour, il ne pouvait demander une *restitutio in integrum* pour pouvoir exercer lui-même l'action *de sepulcro violato*. Il n'avait même aucun recours contre le tiers qui avait obtenu le bénéfice de la poursuite.

Cette décision qui, au premier abord, semble dure et injuste, se justifie cependant par le caractère de l'action dont il s'agit. Elle ne faisait point partie, nous l'avons vu, du patrimoine de l'intéressé. Elle avait pour but et pour objet la réparation de l'injure qui avait été faite : *hæc actio non ad rem familiarem, sed magis ad ultionem pertinet* (1). Le tiers qui l'exerçait à la place de l'intéressé ne lui avait donc, strictement parlant, fait

(1) L. 6. in fine, D. XLVII, 12,

subir aucune perte. Il ne pouvait par conséquent y avoir lieu à aucune *restitutio*.

Nous n'avons pas à étudier la transmission de cette action aux héritiers. Puisqu'elle est populaire, puisqu'elle ne compte dans le patrimoine de personne, nul ne peut la transmettre à ses héritiers. Il est vrai que celui à qui sera dévolu le *jus sepulcri* pourra toujours l'exercer de préférence à tous (1). Mais remarquons bien que cette faveur ne lui est point accordée en sa qualité de continuateur de la personne de son auteur. Le droit est né en sa personne ; *Nihil capitur ex defuncti voluntate.* (2)

Contre qui pouvait-elle être exercée ? Tout d'abord contre les auteurs de la profanation ; et s'ils sont plusieurs, elle est donnée contre chacun d'eux pour le tout.

Mais pouvait-elle l'être contre les héritiers du délinquant? Non. Elle ne pouvait jamais frapper que celui en la personne duquel elle avait pris passivement naissance, car, comme nous l'avons dit, la condamnation avait moins pour but une *rei persecutio* qu'une *vindicta*, et c'est une règle absolue que les actions pénales non encore exercées s'éteignent par la mort du délinquant, car lui seul a mérité la peine (3).

Supposons que la violation ait été commise par un esclave. Pouvait-on poursuivre son maître *noxali causâ*. Ulpien nous répond formellement que non (4) et il ajoute que l'esclave pourra être poursuivi *extra ordinem*.Cependant, il est de règle que toute action pénale peut s'exercer

(1) Nous n'avons qu'à nous référer à ce que nous avons déjà dit de la transmission du jus sepulcri.

(2) L. 7. D. XLVII. 23 — L. 10, D. XLVII. 12.

(3) Inst. Just. Lib. IV. Tit. 12. § 1.

(4) L. 3, § 11. D. XLVII, 12.

noxaliter contre le maître de l'esclave coupable (1). D'où vient l'exception formulée par Ulpien ?

D'après Cujas (2), qui nous cite plusieurs exemples analogues, cette particularité n'aurait d'autre raison d'être que la nature et l'importance du délit. Le préteur frappé de la gravité de la faute aurait voulu que le coupable en subisse lui-même les conséquences.

Cette explication cadre d'ailleurs fort bien avec la suite de notre texte. *Si tamen non habitet, sed domumculam ibi habeat servus, noxale judicium erit dandum, si modo habere posse videtur.* Et en effet, si au lieu d'avoir une habitation permanente dans le tombeau, l'esclave n'y a eu qu'une retraite passagère, il sera moins coupable, la violation sera beaucoup moins grave, et l'on pourra agir contre son maître *noxaliter.*

Outre la condamnation pécuniaire, l'action *sepulcri violati* entraînait l'infamie (3). A cela rien d'étonnant, les violations de sépulture constituent, en effet, toujours soit un vol, soit une injure, soit une violence, soit un dol, tous faits pour lesquels la note d'infamie était infligée au coupable.

§ 3. — *A qui et contre qui compéte le* CRIMEN PUBLICUM SEPULCRI VIOLATI. — *Ses conséquences.*

A côté de l'action *sepulcri violati* que l'on considérait comme une action à la fois pénale, et, d'une certaine façon, rei persecutoria, il existait un second moyen de

(1) Inst. lib. IV, tit. 8. pr.

(2) Cujas. observ., Lib. 21., cap. XL.

(3) L. 1. D. XLVII. 12.

répression, dont le caractère était exclusivement pénal : le *crimen publicum sepulcri violati*.

Le délit de violation de sépulture resta longtemps confondu avec les autres. L'on en poursuivait la répression par les moyens ordinaires de la procédure.

Une répression spéciale fut organisée pour la première fois par la loi *Julia de vi*. Cette loi créait d'une façon générale un *judicium publicum* pour la poursuite des violences et voies de fait, mais elle prévoyait d'une façon particulière les obstacles mis aux cérémonies de l'inhumation : *Cavetur de eo qui fecerit quid quominus aliquis funeretur sepeliaturve*. On l'étendit par une analogie facile aux violations de sépulture, *quia et qui sepulcrum violat, facit quo quis minus sepultus sit*.

Quant aux peines auxquelles pouvait aboutir le judicium publicum d'après la loi Julia, elles variaient suivant la condition des personnes.

Pour les *honestiores,* c'était la confiscation d'un tiers de la fortune, et la relégation dans une île. — Pour les gens de basse condition, *humiliores*, c'était la condamnation au travail des mines.

Ces peines ne restèrent pas longtemps les mêmes. La généralisation de la procédure *extra ordinem,* ici comme dans les autres matières, en amena l'aggravation.

L'empereur Sévère édicta contre ceux qui dépouillaient les cadavres à main armée, à la façon des brigands, la peine de mort. Lorsque la violation avait été faite d'une façon cachée et secrète, la peine était la condamnation aux mines (1).

Toutes ces dispositions subirent un temps d'arrêt dans leur application, temps d'arrêt qui coïncida avec le

(1) L. 3. § 7. D. XLVII, 12.

triomphe du christianisme et son arrivée au pouvoir dans la personne de Constantin. Emportés par l'ardeur de leur foi nouvelle, sûrs d'ailleurs de l'impunité de la part du pouvoir, les chrétiens, désireux de voir prévaloir leur culte et leurs doctrines, s'efforcèrent de faire disparaître tout ce qui pouvait leur rappeler la religion païenne et ses faux dieux. Comme le Polyeucte de Corneille, ils brûlaient du désir de les

. . . . . renverser,
Et mourir dans leur temple ou les y terrasser.

Aussi les tombeaux qui, par leurs statues, leurs décorations et leurs inscriptions étaient une des manifestations les plus importantes des anciennes croyances, furent-ils en butte à leurs attaques. Ce fut la vingt-sixième ou vingt-septième année du règne de Constantin, sous le consulat de Dalmate et de Zénophile, que commença la destruction des temples et des tombeaux. Il y eut toute une période où la violation de sépulture cessa d'être poursuivie et punie.

Mais cet état de choses, une fois les premiers moments d'enthousiasme et d'effervescence passés, devait amener une réaction. On rétablit les anciennes dispositions de la loi, on en dépassa même la sévérité, jusqu'à ce qu'enfin Justinien, faisant disparaître tout ce que la passion ou l'entraînement avaient fait édicter, eut ramené la législation à des dispositions normales.

Sous cet empereur, la peine de mort était prononcée dans deux cas d'une gravité exceptionnelle.

1° Contre ceux qui violaient un sépulcre à main armée et dépouillaient le cadavre. La loi ne distinguait plus pour cette première hypothèse, suivant la condition sociale des coupables.

2° Contre ceux qui arrachaient du tombeau le cadavre ou les ossements du défunt. Toutefois si les coupables étaient *humiliores*, la peine n'était que de la déportation dans une île.

Pour tous les autres cas, la peine était moindre. Elle consistait pour les *honestiores* dans la relégation dans une île, pour les gens de basse condition dans la condamnation aux mines.

A ces peines corporelles se joignait une amende de dix livres portée par une constitution de Constance, fils de Constantin (1).

Quant aux esclaves surpris à détruire des tombeaux, ils étaient condamnés *ad metallum*. S'ils avaient agi d'après les ordres de leur maître, cette peine était commuée en celle de la relégation (2).

Les règles posées par Justinien subsistèrent assez longtemps. Elles ne furent modifiées que par une constitution de l'empereur Léon (3), qui revint à une législation beaucoup moins sévère. — Une première violation de sépulture était réprimée avec douceur. Mais si le coupable tombait en récidive et commettait une nouvelle profanation, on le punissait avec toute la sévérité possible. Il était frappé de verges et avait les cheveux rasés.

§ 4. *Des amendes portées dans les inscriptions funéraires.*

Nous venons de voir avec le crimen sepulcri violati, et

(1) L'amende était portée au double pour le juge qui, chargé de poursuivre l'affaire, avait négligé de le faire. L. 3. § 6. IX. 19.

(2) L. 2. C. IX. 19.

(3) Nov. XCVI.

l'action de sepulcro violato, les mesures prises par le législateur pour réprimer la violation et la profanation des sépultures. Les textes ne nous en mentionnent pas d'autres. On trouve cependant sur les tombeaux un grand nombre d'inscriptions édictant une peine ou plutôt une amende *multa sepulcralis* contre les profanateurs. Elle était encourue d'après ces inscriptions, soit pour avoir ouvert le sépulcre, soit pour y avoir introduit un extraneus, soit pour avoir vendu ou dégradé le monument, ou bien pour en avoir effacé ou modifié les inscriptions ; en un mot pour tous les faits constitutifs du délit de violation de sépulture, faits qui tombaient sous le coup de l'*actio sepulcri violati* ou du *crimen extraordinarium*. Elle était prononcée non-seulement contre les héritiers du défunt, mais d'une façon absolument générale, contre toute autre personne. Son taux variait presque à l'infini ; il semblait n'y avoir d'autre règle que la volonté du défunt. Huschke nous cite toute une série d'inscriptions dans lesquelles l'amende varie de 1,000 à 300,000 sesterces (1). Elle consistait ordinairement en une somme d'argent déterminée. Gruter cependant rapporte une inscription d'après laquelle le coupable devait être privé de toute sa fortune (2). Bien plus, la plupart du temps le défunt avait pris soin d'indiquer à qui l'amende devait être payée. Tantôt c'était au fisc ou à l'œrarium (c'étaient eux qui devaient en profiter, sauf indication contraire).

(1) Die multa und das sacramentum, p. 319, n. 71.

(2) . . . . . neque ulli liquebit locationis causa in annis centum quandoque vendere, quod si quid adversus id fecerint, eorum bona pertinere debebunt ad rempublicam Brundisiorum. (Gruter, C. I., 861, 5.)

. . . . . .

QVISQVE. EVM. MONIMENTVM
VENDERE. AVT. TERRA. EJVS. VOLET
INF. AERARIO. P. R. HS. L. M. N.
IN. FR. P. X. IN. AGR. P. X. (1)

Souvent à la caisse des Pontifes,

. . . . . .

. . . . . SI QVIS HOC
ARMARIVM. VENDERE. VOLVERIT. TVNC. INFE
RET. ARCAE. PONTIFICVM. L-S L. M. N. (2)

quelquefois mais rarement à celle des vestales.

. . . . . .

. . . . . HOC
MONIMENTUM. SI. QUIS
VENDERE. VEL. DONARE. VOLVERIT
INFERET. VIRGINIB. VESTALIB. H-S XX.
N. AUT. AERARIO. POPVLI. ROMANI. (3)

Dans les provinces, l'amende était quelquefois dévolue à une ville, ou au conseil de la ville (4), quelquefois encore à un Dieu, au collège auquel appartenait le défunt (5).

Ordinairement l'inscription attribuait une quote part de l'amende à celui qui se porterait accusateur ; c'était souvent un tiers, la moitié, rarement un quart.

Quelle était la portée de ces inscriptions ? Il est diffi-

(1) Gruter. 678, 11.
(2) Gruter, 383, 4.
(3) Gruter, 861, 13.
(4) Gruter, 861. 5.
(5) Orelli, 4429.

cile d'admettre, comme on l'a cependant soutenu, qu'elles ne produisaient aucun effet. Une pareille habitude ne se fût pas répandue d'une façon aussi générale, ni conservée aussi longtemps, si elle n'eut reposé sur une base sérieuse et juridique. Mais alors, comment expliquer que la volonté d'un mort pût devenir une loi pénale ?

De nombreuses explications ont été proposées. — Dans un premier système on a dit que les amendes portées dans les tables funéraires, et les dispositions qui y étaient faites au profit des personnes désignées étaient des legs faits *nomine pœnæ*. (Inst. Just. Lib. 2., tit. 20. § 26). On veut, en effet, comme le dit ce texte, contraindre l'héritier à une abstention, on veut l'empêcher de commettre une profanation. — Mais il faudrait, pour que ce système fût admissible, que l'amende fut prononcée dans ces inscriptions, seulement contre les héritiers ou les légataires du défunt. Ce n'est qu'à leur charge, en effet, que peuvent être mis des legs *nomine pœnæ*. Or, nous avons vu tout à l'heure que les inscriptions étaient formulées d'une façon tout à fait générale, contre tout violateur alors même qu'il n'aurait rien reçu du défunt.

D'après Huschke (1), ces amendes auraient tiré leur force obligatoire des effets de la puissance paternelle. Le père de famille en effet, pouvait par son testament imposer sa volonté à ses héritiers. Cette volonté avait à leur égard véritablement force de loi. *Uti legassit super pecuniâ tutelâve, ita jus esto*, disait déjà la loi des XII tables. Le testateur pouvait aller plus loin, il pouvait sanctionner par une peine les ordres qu'il donnait ; on en trouve de nombreux exemples dans le Digeste. Plus tard, par suite d'une extension facile à comprendre, le pouvoir

(1) Die multa und das sacramentum p. 315 à 343.

reconnu au père de famille sur ses héritiers, lui fut également reconnu sur ses légataires. Puis, l'usage aidant, ce même pouvoir lui fut reconnu à l'égard des tiers, même *extranei*, avec lesquels il n'avait aucune attache, lorsqu'il violeraient son tombeau.

Pour Mommsen, la chose est encore plus simple. Il estime qu'une loi ou un sénatus-consulte, avait du être promulgué pour autoriser les inscriptions tumulaires, et en déterminer les effets. Il cite deux textes à l'appui de cette conjecture dans lesquels on parle, en effet, d'une *lex*. Le premier : *Huic monumento intercedit lex ne donatio fiat, quod si quis admiserit, inferet œrario p. r. HS. XXX n.*, et le second, tiré du recueil d'Orelli, *Jobacchus fecit excipit aditus, itus et cœtera quæ in lege publica continentur.*

Ces textes sont-ils réellement assez probants pour étayer l'hypothèse de Mommsen ? Nous ne le croyons pas. Le mot *lex* ne se traduit pas en effet nécessairement par le mot loi. Il peut avoir et a en effet souvent un autre sens moins précis, et notamment dans les deux inscriptions précitées, il peut avoir le sens général de « droit ».

Une quatrième explication a été fournie par Marini (1), et elle nous paraît la plus vraisemblable. L'amende édictée par la *conditor sepulcri*, n'a pas par elle-même force obligatoire et légale. Seulement elle fournissait au juge devant lequel étaient traduits les profanateurs, le quantum de la condamnation qu'il fallait prononcer contre eux. Le préteur insérait dans la formule le chiffre même que le défunt avait pris soin de fixer. Le juge prononçait la condamnation telle que le magistrat

(1) Archivio giuridico. XXX. 1883. p. 476 et suiv.

l'avait libellée. De sorte qu'en définitive, c'était non d'elle-même, mais de la sentence du juge, que l'amende inscrite sur le tombeau par le conditor sepulcri, tirait sa force exécutoire. Seulement comme sans doute, la sanction du juge ne lui était jamais refusée, il s'était produit ici, ce qui se produit souvent en pareille occurrence. On ne remontait pas de l'effet à la cause, et ainsi on avait fini par croire que l'inscription tirait d'elle-même sa face exécutoire.

Au reste, ces dispositions avaient encore une utilité ; celle de déterminer quelles personnes devaient profiter de l'amende prononcée. Nous avons vu, en effet, que l'*actio sepulcri violati* était populaire. Toute personne pouvait l'exercer. Seulement, au cas où plusieurs se présentaient, c'était au préteur à déterminer à qui serait donnée la préférence. *Si plures agere volent, cujus justissima esse causa videbitur, ei agendi potestatem faciam.* Il est probable que lorsque le fisc, ou le collège des pontifes, ou celui des vestales, etc. pouvaient invoquer une inscription dans laquelle une amende était édictée à leur profit, c'était pour le magistrat une raison de leur accorder la préférence. De cette façon la condamnation leur était adjugée.

Peut-être enfin, les Romains avaient-ils vu dans cette habitude un moyen plus efficace de garantir leurs cendres contre toute profanation, en intéressant quelqu'un à la répression.

BIBLIOGRAPHIE DU DROIT FRANÇAIS

Affre (Mgr) Traité de l'administration temporelle des paroisses, 10e édition par l'abbé Pelgé, 1884.

André (Maurice). De la sépulture au point de vue du droit et de la loi. *Paris* 1876.

Angebaud (Mgr., évêque d'Angers). Sépultures dans les hôpitaux et hospices. *Paris* 1868.

Audibert (Raoul). De la liberté des funérailles et des sépultures. *Paris* 1885.

Batbie. Traité de Droit public et administratif, 2e édition. *Paris* 1886, II. p. 209 et s. VI. p. 61.

Bayard. Mémoire sur la police des cimetières.

Block (M.) Dictionnaire de l'administration française. *Paris* 1877., Vis Cimetière, Inhumation.

Bourdin (Dr. C. E.). La constatation des décès, ce qu'elle est, ce qu'elle devrait être. *Paris* 1879.

Bregeault (Julien). Procès contre les cadavres. (Nouvelle Revue historique, 1879. p. 619).

Bressoles. Consultation sur les sépultures solidaires. (Revue Catholique des Institutions et du Droit, 1873. I. p. 134).

Brouardel (Dr. P.). La crémation dans les cimetières de Paris, en temps d'épidémie. (Annales d'hygiène publique, 1883. II. 315.).

Brouardel. (Dr. P.) De l'utilité qu'il y aurait à autoriser la crémation des corps qui ont servi à des études anatomiques. (Annales d'hygiène publique, 1884. I. 411.).

Bufnoir. Communication sur les modifications à introduire dans la législation, en vue de régulariser ou d'autoriser la preuve des décès. (Lue au Congrès des Sociétés Savantes, du 7 au 11 avril 1885.)

Bunoust. Vues philanthropiques sur l'abus des enterrements précipités. *Arras* 1826.

Camp (Maxime Du). Paris, ses organes, ses fonctions et sa vie, tome VI. — *Paris* 1875.

Chareyre. Traité de la législation relative aux cadavres. *Paris* 1884.

Coupé. Les sépultures. *Paris*, Thermidor, an IV.

Couturier. Observations sur les refus de sépulture ecclésiastique dans leur rapport avec la législation civile. *Paris* 1830.

Consultation des avocats de Marseille sur la séparation des lieux de sépulture dans les cimetières (Revue catholique des Institutions et du Droit 1876. II. 373, 1877. I. 44.)

Dalloz. Répertoire de législation et de jurisprudence. V^is^ Fabrique, Culte, Inhumation, Sépulture.

Ducrocq (Th.) De la variété des usages funéraires dans l'Ouest de la France sous l'empire du Décret du 23 prairial an XII. *Paris* 1884, (tiré de la Revue générale du Droit 1884. p. 197.)

Ducrocq (Th.) Cours de Droit administratif, 6^e^ édition. *Paris* 1881, — n^os^ 865, 1418 à 1420 et passim.

Dufour. Traité général de Droit administratif, 3e édition. *Paris* 1869. tome VII. p. 620-659.

Durand-Fardel. Observations sur la circulaire de M. le Préfet de la Seine, en date du 16 Juin 1882, concernant la déclaration et l'inhumation des fœtus ainsi que des embryons de moins de 4 mois. *Paris* 1882.

Favrot (Docteur). Funérailles et sépultures. *Paris* 1868.

Fodérée. La question des inhumations précipitées. 1854.

Gannal (Dr). Inhumation et crémation. 1876. br. in-8°.

Gaubert (B.) Traité historique et pratique sur le monopole des inhumations et des pompes funèbres. *Marseille* 1875.

Gayral (André.) La sépulture catholique et la loi civile. (Revue des Institutions et du Droit. 1873. p. 225. 299. 362. 402. 495. 642. — 1874. I. p. 112. 162. — II. p. 113. 223).

Glasson. Actes de l'Etat civil en Allemagne. (Revue critique 1875. Voir pour actes de décès p. 522).

Henrys (Dr). De la crémation. (Revue de Louvain, tome XIII. 2e série XIV. XV).

Hornstein (Edouard). Les sépultures devant l'histoire, l'archéologie, la liturgie, le droit ecclésiastique et la législation civile. *Paris* 1868.

Jourdan (Gustave). Cimetières, dépôts mortuaires. Crémation. (Revue générale d'administration, 1885. III. p. 27 et suiv.)

Jozat. De la mort apparente. 1866.

Judic (Ch. De La). Des procès contre les cadavres dans l'ancien Droit. (Revue catholique des institutions et du Droit, 1881. p. 125).

Laurent. Principes de Droit civil français, VII. 472· — XIV. 324 et passim. — XXVIII. 88 et 89, *Paris* 1869-1878.

Lauwers. De la liberté des sépultures chrétiennes. *Bruxelles*, 1862.

Legrand d'Aussy. Les sépultures nationales. An VII.

Martin (Dr. F.) Les cimetières et la crémation. *Paris* 1881. (Étude historique et critique).

Mesnil (Dr. O. Du). De la création des maisons ou dépôts mortuaires de Paris. (Annales d'hyhiène publique, 1879. 2. p. 515., 1884. I. 325.)

Mesnil (Dr. O. Du). Les nouveaux cimetières de Bagneux et de Pantin. — Robigny. (Annales d'hygiène publique, 1886. I. p. 132.)

Morgand (Léon). Commentaire de la loi du 5 avril 1884. art. 93 — 97, § 4 — 115 infine — 133, § 9 — 136, § 13 — 168, § 5. *Paris* 1884.

Moulart (Chanoine). De sepultura et cœmeteris. *Lovanii* 1862.

Mulot. Discours sur les funérailles. *Paris* An XII.

Nicolay (F.) Les enterrements civils devant la loi. (*Toulouse* 1879.)

Nigon de Berty. Lieux de sépulture et inhumations. (Journal des Conseils de Fabrique, vol. 10 et 11.)

Orfila et Lesueurs. Traité des exhumations juridiques, 4e édition. (*Paris* 1878).

Pagès (Léon). La déportation et l'abandon des morts, cimetière de Méry. *Paris* 1875.

Pietra-Santa. (P. De) et M. De Nansouty. La crémation, sa raison d'être, son historique, ses appareils, etc., *Paris* 1881.

Pilet (l'abbé). Le Droit en matière de sépulture. *Lille* 1881.

Procès (Edm. S. J.). La sépulture dans l'église catholique, (Précis historiques, *Bruxelles*. 1882., p. 129, 213, 259, 452, 579, 632.)

Rœderer. Des institutions funéraires qui conviennent à une république qui permet tous les cultes, mais n'en admet aucun. Brochure in-8°. an VIII.

Roux (Léon). Les honneurs militaires et les enterrements civils (Revue catholique des Institutions et du Droit, 1877. I. 369.)

Roux (Léon). Le Droit en matière de sépulture. *Paris* 1875.

Théry (Gustave). A qui appartient le droit de régler les funérailles d'un défunt. (Revue catholique des Institutions et du Droit, 1876. II. 263.)

Vinelli (Dr. K.). De la crémation. (Annales d'hygiène publique, 1880. 2. 364).

DROIT FRANÇAIS

Inhumations et Sépultures

De la Législation Romaine, nous passons immédiatement à l'étude de la législation moderne, concernant les sépultures et les tombeaux.

Ce n'est pas que l'époque que nous passons sous silence, ne présente pour notre sujet un grand nombre de dispositions intéressantes, qui mériteraient d'occuper un moment notre attention. Mais, pendant toute cette période, le christianisme qui avait triomphé avec Constantin, fait de plus en plus sentir son influence. L'autorité civile nous y apparaît comme l'auxiliaire du pouvoir religieux ; elle prête de plus en plus aux lois ecclésiastiques l'appui de son bras.

En ce qui concerne notamment les sépultures, l'Eglise prit la place et le rôle qu'on avait accordés aux Pontifes de l'ancienne Rome. Elle organisa, régla, tout ce qui se rapportait aux cimetières, aux funérailles et aux tombeaux. Du X^e^ au XVII^e^ siècle on chercherait en vain ailleurs que dans les sources du droit canonique, une disposition ayant trait aux sépultures et aux cimetières (1). Ce n'est

(1) Précis historiques. — Bruxelles 1882. p. 638.

que vers la fin du XVII[e] siècle (1) que l'on voit intervenir parfois le pouvoir civil, pour prendre, d'accord avec l'autorité religieuse, certaines dispositions. Mais nulle modification essentielle n'est apportée au régime ancien.

Les cimetières étaient des choses sacrées, dont le pouvoir spirituel avait seul l'administration et la surveillance. En sorte que toute la législation de cette époque ferait plutôt l'objet d'une étude de droit canonique et ecclésiastique. Mais elle ne rentre pas dans le cadre que nous nous sommes tracé (2).

Ce que nous voulons seulement examiner, c'est l'ensemble des dispositions relatives aux inhumations et aux lieux de sépulture, encore en vigueur dans notre législation actuelle.

Sans doute, cet examen ne saurait se faire sans revenir quelquefois en arrière ni sans rechercher de temps en temps, ne serait-ce que pour les comparer avec les lois nouvelles, ce que furent les règles antérieures. Mais ce ne seront là pour nous que des points accessoires. Nous ne les étudierons en tous cas que parce qu'ils nous serviront à mieux comprendre et à apprécier plus exactement la législation moderne sur laquelle devront se concentrer tous nos efforts.

Notre travail se divisera en trois parties.

(1) Une ordonnance de 1777 prohiba les inhumations à l'intérieur des églises et des temples.

(2) Les catacombes et les sépultures des premiers chrétiens ont été l'objet de nombreux travaux modernes. Citons : Les monuments de l'art chrétien primitif, par le P. Marchi. — La Roma Soterranea cristiana, de M. J.-B. Rossi 1864-1877. — Storia dell'arte cristiana nei primi otto secoli della chiesa, du P. Garucci (1873-1880). — Les catacombes de Rome, par Henri de l'Epinois (Paris 1875). — Promenades archéologiques, par Gaston Boissier, Revue des deux mondes 1875.

Dans la première nous verrons les inhumations et les questions qui s'y rapportent.

Avec la seconde nous aurons à voir les exhumations et leurs conséquences.

Enfin, dans la troisième, nous nous attacherons aux questions relatives aux cimetières et aux lieux de sépulture.

PREMIÈRE PARTIE

Des Inhumations

L'inhumation, ou si l'on veut, en remontant au sens étymologique du mot, *la mise en terre*, suppose toute une série de faits et de formalités qui la précédent ou l'accompagnent. Il nous faut, si nous voulons nous en rendre un compte exact, les passer tous en revue. Nous suivrons pour cela l'ordre le plus naturel, l'ordre chronologique ; nous examinerons donc ces faits et ces formalités au fur et à mesure qu'ils doivent être accomplis. Nous nous placerons d'abord avant l'inhumation ; puis nous étudierons l'inhumation en elle-même. Ce sera l'objet de deux chapitres.

CHAPITRE I^er^.

Avant l'Inhumation

Le défunt vient de rendre le dernier soupir. Immédiatement naissent, pour ceux qui l'ont assisté à ses derniers moments et qui veulent lui rendre les derniers devoirs, certaines obligations dont l'accomplissement intéresse à la fois la famille et la société.

Il faut que l'autorité publique soit informée d'un évènement qui peut modifier d'une façon aussi profonde la situation de toute une série de personnes, leur ouvrir des droits, changer leur état, modifier leur capacité. — Il faut pour des motifs de prévoyance sociale et de haute police que l'autorité puisse le constater. — Il faut enfin que la dépouille mortelle de celui qui n'est plus, soit entourée jusqu'à ce qu'elle disparaisse, des honneurs dûs au rang, à la condition et aux croyances du défunt. Nous étudierons toutes ces questions dans les trois sections suivantes.

Section I. — De la déclaration et de la constatation des décès. — Des actes de décès.

Section II. — Du permis d'inhumer.

Section III. — Du règlement des funérailles.

SECTION I.

De la déclaration et de la constatation des décès. Des actes de décès.

Par qui et dans quel délai la déclaration d'un décès doit-elle être faite ? Ces deux points étaient réglés et fixés par la législation du droit intermédiaire, d'une façon nette et précise. La loi du 20 septembre 1792, dans son article 1er titre V, portait que la déclaration du décès serait faite à l'officier public dans les 24 heures, par les deux plus proches parents ou voisins de la personne décédée. — La loi du 19 décembre 1792, trouvant ce délai trop court, le porta à trois jours, mais en même temps elle établissait une sanction sévère. *La déclaration du décès sera faite dans les trois jours,* disait la

loi, *sous peine de prison qui ne pourra excéder deux mois pour la première fois, et six mois en cas de récidive.*

Ces dispositions n'ont point passé telles quelles dans la législation du code civil, lequel, il faut bien le reconnaître, ne détermine pas très nettement les deux points qui nous occupent.

Et d'abord, en ce qui concerne la question de savoir par qui la déclaration du décès doit être faite, l'article 78 c. c. relatif à la rédaction des actes de l'état civil, exige que l'acte de décès soit dressé sur la déclaration de deux témoins, qui seront autant que possible les deux proches parents ou voisins du défunt. Toutefois cette dernière condition n'est pas indispensable ; toute personne peut chez nous déclarer le décès pourvu qu'elle en ait connaissance. Seulement comme les deux déclarants sont en même temps témoins, il faut qu'ils soient mâles et majeurs (art. 78 c. pr., 27 c. c.)

Certaines législations se montrent sur ce point plus exigeantes que la nôtre. En Allemagne notamment, la loi du 6 février 1875 (1) qui a sécularisé dans ce pays les actes de l'état civil, impose au chef de famille, ou à son défaut, à la personne au domicile ou à la résidence de laquelle le décès a eu lieu, l'obligation de faire cette déclaration (art. 47) (2).

En ce qui concerne le délai dans lequel la déclaration doit être faite, il n'y a nulle part une règle générale. La législation fixe seulement pour certains cas particuliers, par exemple dans les articles 80 et 84 du code civil, le

(1) Cette loi ne faisait que généraliser et étendre à tout l'empire les règles édictées pour la Prusse le 9 mars 1874.

(2) Sur un point cependant, la loi allemande est moins rigoureuse que la nôtre, puisque d'après l'article 57 de cette loi, un seul déclarant suffit.

délai de vingt-quatre heures. Qu'on présume de là qu'il ait été dans l'esprit de la loi de généraliser cette disposition, rien de mieux ; d'autant plus que c'était là aussi la règle fixée par la loi de 1792, et que probablement le législateur de 1804 a entendu s'y référer. Mais nous ne pensons pas qu'on puisse aller plus loin. Il serait impossible d'en faire une règle obligatoire, et surtout de la sanctionner par une peine. C'est une lacune dans la loi ; on ne saurait pour la combler procéder par voie d'analogie.

Ici encore, la législation allemande est plus explicite, et en même temps plus sévère que la nôtre. Elle veut que la déclaration ait lieu au plus tard le lendemain de la mort, (art. 56) sous peine d'une amende de 150 marcs au plus, ou de l'emprisonnement.

Sans doute, il serait bon, il serait même utile que la loi française fut aussi formelle. Remarquons cependant qu'en fait, la lacune que nous avons constatée ne sera pas bien grave ; l'officier de l'état civil sera en effet nécessairement prévenu du décès dans un délai assez court, puisque nous lle verrons, aucune inhumation ne peut avoir lieu sans son autorisation.

Le décès déclaré, il faut, pour éviter toute erreur et toute fraude, qu'il soit constaté par l'autorité publique. Celle-ci délègue ses fonctions à un agent chargé de la représenter dans cette circonstance. C'est ici que commence le rôle de l'officier de l'état civil.

Mais il n'est pas libre d'agir comme il l'entend. La loi, prend une série de précautions pour assurer l'exactitude et la vérité de cette constatation. L'officier de l'état-civil, aussitôt informé de la mort d'une personne, doit *se transporter auprès d'elle pour s'assurer du décès*, article 77., C. C.

En pratique cet article n'est guère observé. Dans certaines villes, l'officier de l'état civil se fait remplacer par un médecin. Cela ne rentre pas il est vrai dans la lettre du texte ; mais le vœu de la loi n'en est assurément que mieux exécuté. Il est certain que le médecin est plus apte que qui que ce soit à faire cette constatation, notamment à distinguer la mort apparente de la mort réelle.

A Paris, lorsque la déclaration du décès est faite à la mairie, un mandat de visite est adressé à l'un des médecins vérificateurs des décès. Celui-ci se rend au domicile désigné, et rédige immédiatement un certificat dont la formule imprimée constitue les éléments d'un véritable rapport. Quand les blancs sont remplis, on y voit les noms, prénoms, âge, domicile du décédé, la maladie dont il est mort, l'heure du décès, etc., etc. (1). Ce rapport est transmis sous pli cacheté à la mairie ; il en est laissé copie au domicile du défunt. Cette copie sera remise par les deux témoins à l'officier de l'état civil qui libellera l'acte de décès et délivrera le permis d'enterrement.

Quand les choses se passent de cette façon, il n'y a aucun inconvénient à ce que la lettre de l'article 77 ne soit pas observée. Toute satisfaction est en effet donnée, quant au fond, aux exigences de la loi, et l'on comprend assurément que cette pratique qui n'est, en réalité qu'une tolérance, ait été sanctionnée par des règlements de police. Mais cette tolérance a donné lieu à de graves abus. Dans les campagnes, presque toujours, les officiers de l'état civil s'en rapportent exclusivement au dire des déclarants. Toute l'économie de la loi se trouve ainsi renversée ; les mesures qu'elle a prises pour empêcher

(1) Legrand du Saule. — Traité de médecine légale, p. 1094.

les enterrements précipités ou même pour découvrir les crimes deviennent absolument illusoires.

L'article 77 c. c. impose, il faut bien le reconnaître, de lourdes charges à ceux qui sont chargés de l'exécuter ; soit, mais alors qu'on le remplace si l'on veut par autre chose, qu'on ne se contente pas purement et simplement de le supprimer. Qu'on exécute par exemple les prescriptions données par le Ministre de l'Intérieur aux Préfets, dans une circulaire du 24 décembre 1866. « Le maire de chaque commune, y est-il dit, fera choix d'un ou de plusieurs docteurs en médecine ou en chirurgie, et à leur défaut, d'officiers de santé, qui seront chargés de constater les décès dont la déclaration aura été faite à la mairie : les médecins seront assermentés. » Mais ces prescriptions ne sont guère suivies, et l'on peut dire que dans les petites communes et dans les campagnes, il n'existe aucune vérification des décès.

Le décès ayant été déclaré et constaté, le pouvoir social n'a point encore terminé son rôle. Il faut qu'il en recueille et conserve la preuve. Le meilleur moyen est de consigner par écrit l'accomplissement des formalités que nous venons d'examiner. C'est ce qui se fait par l'acte de décès.

Nous n'avons point ici l'intention de retracer les formalités générales concernant les actes de l'état civil ; ce n'est ni le lieu, ni le moment. Nous voulons seulement, en quelques mots, signaler les formalités spéciales aux actes de décès.

Ils sont rédigés par l'officier de l'état civil sur la déclaration des témoins. Ces témoins seront, pour embrasser dans une formule générale les indications que donnent les textes, deux personnes en mesure de donner les rensei-

gnements les plus précis sur l'individualité du défunt ; c'est-à-dire des proches parents, des voisins, la personne chez qui le décès est survenu, etc.

On indiquera les nom, prénoms, âge, profession et domicile du de cujus, et s'il était marié ceux de son époux. Enfin, s'il est possible, on mentionnera les noms, profession et domicile des père et mère.

Doit-on mentionner aussi l'heure du décès ? Il serait superflu d'insister sur l'importance de cette indication. C'est elle qui précisera le moment où telle personne a cessé de jouir de ses droits, où elle a cessé d'être capable de recevoir, où elle a transmis sa succession à ses héritiers, où s'est ouvert pour les légataires le droit aux legs qui leur ont été faits. Et cependant le code est muet dans son article 79 sur cette indication.

Qu'en conclure ? Faut-il avec certains auteurs (1), dire que cette énonciation ne doit pas être faite, qu'elle ne peut même pas l'être ? La loi ne la demande pas, dit-on. Le seul but de l'acte du décès est de constater le fait même du décès et l'individualité de la personne décédée. Le législateur a eu l'intention de réserver, précisément à cause de son importance, la question de savoir quel a été le moment du décès. Il n'a point voulu que cette question put être préjugée par une déclaration erronée ou mensongère.

Cette solution qui est combattue par un grand nombre d'auteurs (2) n'est pas non plus celle de l'administration (3).

(1) Demolombe. I. p. 479.

(2) Aubry et Rau I. p. 205 et tous les auteurs qu'il cite en note.

(3) Pour amener l'uniformité dans les actes de l'état civil, l'administration a adressé aux maires, des formules et des modèles qui sont généralement suivis.

Sans insister sur ce point qu'il peut n'être pas indifférent au point de vue de l'individualité du décédé de constater les jour et heure du décès, il nous suffira de dire que cette constatation nous semble exigée par l'article 77 du C. C. Et en effet, puisqu'aucune inhumation ne peut être autorisée qu'après un délai de vingt-quatre heures, il faut bien que le moment précis de la mort soit déclaré à l'officier de l'état civil, pour qu'il puisse, en délivrant son permis, observer les prescriptions de la loi ; et si cette déclaration doit être faite, comment ne pas admettre que l'officier public puisse la constater, ne serait-ce que pour se justifier lui-même, au cas où l'on voudrait ultérieurement contester la légalité de sa conduite ?

Mais quelle est la valeur de cette constatation ? Il n'est pas nécessaire, comme on l'a quelquefois dit, que pour la combattre, on se serve de l'inscription de faux. Elle n'émane point en effet, de l'officier public lui-même. Elle n'a d'autre valeur que celle qui est accordée aux autres déclarations des témoins dans les actes de l'état civil ; elle ne fait foi que jusqu'à preuve contraire. On présume que les déclarants ont dit la vérité, mais il suffit d'établir le contraire pour détruire cette présomption.

Puisque le législateur prend tant de soins et de précautions pour assurer l'exactitude et la véracité des constatations faites dans les actes de décès, il semble qu'il eût dû en exiger la rédaction dans un délai assez court. Les souvenirs du rédacteur qui attendrait trop longtemps, peuvent en effet perdre leur netteté et leur précision. De là, des confusions ou des erreurs.

La loi ne fixe cependant aucun délai obligatoire pour cette rédaction. Notons, puisque nous avons déjà fait sur cette partie de la législation, plusieurs comparaisons avec

les législations étrangères, notons que la loi allemande prescrit ici un délai qui est même assez court. Elle décide qu'aucune inhumation ne pourra avoir lieu, tant que le décès n'aura pas été *constaté* sur le registre à ce destiné. Il y a là certainement une lacune dans notre loi. Peut-être serait-il sage d'imiter ici la loi allemande.

Nous venons de voir comment les choses se passent le plus ordinairement, alors qu'aucun incident ne vient interrompre le cours normal des évènements. Mais certaines circonstances peuvent amener soit l'impossibilité de remplir les formalités que nous avons indiquées, soit la nécessité de les modifier ou d'en exécuter d'autres.

Le code civil prévoit lui-même les décès qui se produisent à l'armée en temps de guerre, ou à bord d'un navire. Ces articles ne présentent aucune difficulté. Ce qu'il y a simplement à remarquer, c'est que le rôle d'officier de l'état civil est rempli par des fonctionnaires autres que les maires et les adjoints. Ainsi, en cas de décès pendant un voyage en mer, l'acte est dressé en présence de deux témoins pris parmi les officiers du bord. Le rédacteur en est, sur les bâtiments de la République, l'officier d'administration de la marine ; sur des bâtiments appartenant à des particuliers, le capitaine ou le patron du navire (article 86). Au premier port où le bâtiment abordera, il est prescrit, afin d'éviter toute chance de perte de l'acte, d'en déposer deux expéditions. Enfin, quand le bâtiment sera arrivé au port de désarmement, une expédition sera envoyée au domicile du décédé, pour y être transcrite sur les registres de l'état civil.

En ce qui concerne les militaires de l'armée de terre, les officiers compétents pour rédiger les actes de décès, sont, dit l'article 96 C. C., les quartiers-maîtres et les

inspecteurs aux revues. Ils ont été remplacés par les majors des régiments (arrêté du 1er vendémiaire, an XII) et par les intendants ou sous-intendants militaires. (Ordonnance du 29 juillet 1817, article 9).

La loi du 3 mars 1822, relative à la police sanitaire, modifiée par le décret du 24 décembre 1850, article 45, confère la mission de recevoir les actes de décès dans les lazarets et autres lieux réservés, aux autorités sanitaires qui sont le directeur de la santé assisté d'un agent ou employé faisant les fonctions de secrétaire.

Il peut y avoir des cas, où l'on est dans l'impossibilité de représenter le corps du défunt, alors cependant que l'on est certain du fait du décès. Cela se produira notamment dans les éboulements, incendies, inondations, etc. Le code ne s'est point occupé de ces différentes hypothèses.

Le décret de 1813 cependant prend des mesures spéciales pour un cas analogue, celui des accidents survenus dans l'exploitation des mines.

Il est expressément prescrit aux maires et aux autres officiers de police, de se faire représenter le corps des ouvriers qui ont péri. Ici, en présence d'une déclaration aussi formelle et vu l'utilité que cela peut offrir, il ne saurait être permis à ces fonctionnaires de se faire remplacer par un médecin ou de se contenter de la déclaration de témoins sans encourir une grave responsabilité. Il leur est enjoint en outre de dresser un procès-verbal de l'accident et des circonstances qui l'ont accompagné.

Si les corps des ouvriers qui ont péri ne peuvent être retrouvés, ou s'il n'y a pas moyen d'arriver jusqu'à eux, cette impossibilité devra être constatée par le maire ou

par un officier de police qui en dressera procès-verbal et le transmettra au procureur général. C'est ce procès-verbal qui, avec l'autorisation du tribunal, sera annexé au registre de l'état civil et tiendra lieu d'acte de décès.

La similitude des situations nous permet de décider que dans tous les cas où les corps des décédés ne pourront être représentés à l'officier de l'état civil, les mêmes règles devront être suivies. — Certains tribunaux ont refusé d'appliquer les dispositions du décret de 1813 par analogie, lorsqu'il s'agissait de personnes noyées et ont admis que dans de pareils cas, il n'était pas possible de constater le décès. Mais heureusement ce n'est pas l'opinion qui a prévalu dans la jurisprudence (1).

SECTION II.

Du Permis d'Inhumer

On éviterait facilement la déclaration et la constatation du décès, s'il était permis de faire disparaître les restes du défunt sans une autorisation spéciale.

L'article 77 du C. C. veut qu'aucune inhumation ne puisse être faite *sans une autorisation, sur papier libre et sans frais, de l'officier de l'état civil.* C'est une garantie nouvelle à la sécurité et à la tranquilité publi-

(1) La question du complément des lois sur ce sujet est à l'ordre du jour. — Les administrations de la guerre et de la marine ont préparé un projet de loi sur cette matière. — Au Congrès des Sociétés savantes qui s'est tenu à la Sorbonne, du 7 au 11 avril 1885, M. Bufnoir a fait une communication sur les modifications à introduire dans la législation, en vue d'autoriser ou de régulariser la preuve du décès d'une personne disparue, dont la mort ne peut être constatée par un acte régulier de l'état civil.

ques ; elle est pour ainsi dire le complément des mesures que nous avons examinées jusqu'ici.

L'autorité municipale est seule compétente pour accorder cette autorisation. L'article 77 est assez formel par lui-même. Mais en outre, cet acte rentre évidemment et sans conteste, dans les pouvoirs de police qui sont conférés à l'administration par les articles 16 et 18 du Décret du 23 prairial an XII.

Mais qu'arriverait-il, si pour une raison ou pour une autre, le maire refusait de délivrer ce permis? Aurait-on moyen de l'y forcer ?

Il ne saurait être question de soumettre aux tribunaux de l'ordre judiciaire la connaissance de ce refus. Nous sommes en présence d'un acte purement administratif, et le principe de la séparation des pouvoirs s'opposerait à ce que cet acte leur soit déféré (1).

Est-ce à dire qu'un maire pourrait, par son refus persistant, amener l'impossibilité de procéder à l'inhumation? La question ainsi posée ne saurait faire doute. Avant la nouvelle loi municipale, l'article 15 de la loi du 18 juillet 1837, donnait aux tiers, nous le verrons plus loin, le moyen déjà facile de s'adresser au préfet (2). La loi du 5 avril 1884 reproduit dans son article 85 le texte général de la loi de 1837. Mais de plus, elle vise spécialement tout ce qui a trait aux sépultures, et charge le sous-préfet d'y pourvoir à défaut du maire. « *Le maire*, dit l'article 93, » *ou à son défaut le sous-préfet, pourvoit d'urgence* » *à ce que toute personne décédée soit ensevelie et* » *inhumée décemment, sans distinction de culte ni* » *de croyance.* »

(1) Paris, 18 juillet 1879, — D. 1881., 2. 200.
(2) Poitiers, 30 mai 1884, — S. 1885., 2. 53.

Cette innovation du législateur s'explique d'ailleurs facilement. Elle trouve sa raison d'être dans l'urgence souvent nécessaire en cette matière, non moins que dans l'esprit de décentralisation qui a inspiré toute la loi de 1884.

L'arrêté du sous-préfet ou du préfet pourrait être lui-même déféré au ministre.

Mais serait-il susceptible d'un recours au Conseil d'Etat? Evidemment cette question est peu pratique à propos du permis d'inhumer. Il est peu probable, il est même certain qu'elle ne se présentera pas à ce sujet. Mais il faut la généraliser et l'étudier au point de vue du droit de police qui appartient à l'administration municipale en ce qui concerne les sépultures. Elle viendra mieux à sa place quand nous aurons analysé d'une façon plus précise, et que nous aurons mieux défini ce droit de police.

Revenons au permis d'inhumer. Quand peut-il être délivré ? A la simple lecture de l'article 77 du C. C., on répondrait qu'il ne peut l'être qu'après un délai de vingt-quatre heures à partir du décès. Cependant l'on admet généralement, et la pratique est unanimement dans ce sens, que ce délai de vingt-quatre heures ne vise que l'inhumation. L'officier de l'état civil pourrait donc délivrer le permis avant ces vingt-quatre heures. Mais on n'en pourra faire usage qu'après que ce délai sera expiré.

Cette formalité du permis d'inhumer est trop importante pour que le législateur n'ait pas pris soin d'y attacher une sanction. Nous trouvons cette sanction dans l'article 358 du c. p. *Ceux qui, sans l'autorisation préalable de l'officier public, auront fait inhumer un individu décédé, seront punis de six jours à deux mois d'emprisonnement, et de seize à cinquante francs d'amende.*

Mais la question s'est élevée de savoir à qui cet article était applicable.

L'est-il en particulier, aux curés ou pasteurs qui procèdent aux cérémonies de l'enterrement et y prêtent le concours de leur ministère, sans qu'il leur soit justifié du permis d'inhumation ? Après avoir été controversée par la doctrine et la jurisprudence, la solution négative est aujourd'hui admise (1). En effet, l'article 358 punit *ceux qui auront fait inhumer* ; il vise, par conséquent, ceux-là seulement qui ont pris les dispositions nécessaires pour cette inhumation, ceux à qui la loi impose de faire les déclarations légales. Cette expression « *ceux qui auront fait inhumer* » ne saurait désigner ceux qui n'ont fait qu'assister à l'inhumation, en y prêtant un concours purement passif.

On objecte il est vrai, l'article 1er du décret du 14 thermidor, an XIII qui dispose que « il est défendu à tous » maires, adjoints, et membres des administrations mu- » nicipales, de souffrir les transport, présentation, dépôt, » inhumation des corps, ni l'ouverture des lieux de » sépulture ; à toutes fabriques d'églises et consistoires » ou ayants-droit, de faire les fournitures requises pour » les funérailles, de livrer lesdites fournitures ; à tous » curés desservants et pasteurs, d'aller lever aucun corps » ou de l'accompagner hors des églises ou temples, qu'il » ne leur apparaisse de l'autorisation donnée par l'officier » de l'état civil pour l'inhumation, à peine d'être pour- » suivis comme contrevenants aux lois. »

Mais d'abord, aucune loi spéciale n'est venue sanctionner

(1) Sic : Cass. 27 janvier 1832. — Cass. 12 déc. 1850. — Chauveau et F. Hélie, Théorie du code pénal, IV, p. 474.— Contra. Montpellier, 12 juillet 1841.

cette disposition. L'article 358 c. p., comme nous le disions plus haut, vise des faits tout autres qne ceux qui consistent à lever les corps et à les accompagner hors des églises et temples. Il ne saurait donc trouver ici son application.

Seulement, comme ce décret de thermidor an XIII, n'a pas été abrogé, il trouve sa sanction dans la disposition générale de l'article 471 § 15, c. p., qui punit d'une amende de un à cinq francs « ceux qui auront contrevenu aux règlements légalement faits par l'autorité administrative. » Notre décret rentre en effet dans les pouvoirs conférés par la loi à l'autorité administrative, puisqu'il a pour objet d'établir des précautions dans le but de prévenir les inhumations précipitées (Cass. 12 octobre 1850).

La même décision serait applicable au fossoyeur. Il ne prête à l'inhumation qu'un simple concours matériel et ne peut non plus, par conséquent, être rangé parmi les personnes *qui ont fait inhumer*, aux termes de l'article 358. C'est ainsi que l'a jugé la Cour de Cassation par un arrêt en date du 7 mai 1842 (1).

Elle s'appliquerait enfin aux maires, et aux autres personnes désignées dans le décret de thermidor an XIII.

Ce permis d'inhumer est nécessaire, suivant l'article 77 du code civil, pour toute inhumation. L'enterrement des enfants morts-nés ne fait point exception à cette règle générale. La question pouvait faire doute cependant. On disait : l'expression « *personne décédée* » qui se retrouve dans les articles 77 du code civil et 358 du code pénal, peut-elle s'appliquer aux enfants dont la vie s'est éteinte en naissant, ou avant de naître? — D'autre part, soumettre leur inhumation aux lois sur les décès, n'était-ce pas

(1) Dalloz, J. G., V° Culte, n° 824.

déclarer par là même qu'il y avait eu vie, ou du moins établir sur ce point une présomption très grave.

Le décret du 3 Juillet 1806, a répondu à ces objections, et a résolu la question : « Lorsque le cadavre d'un enfant » dont la naissance n'a pas été enregistrée, sera présenté » à l'officier de l'état civil, dit le décret, cet officier » n'exprimera pas qu'un tel enfant est décédé, mais qu'il » lui a été presenté sans vie. Il recevra de plus la déclaration des témoins, touchant les noms, prénoms, » qualités et demeure des père et mère de l'enfant, et la » désignation des jour et heure auxquels l'enfant est sorti » du sein de sa mère. »

Et il ajoute dans son article 2 : « Cet acte sera » inscrit à sa date sur le registre des décès, sans qu'il » en résulte aucun préjugé sur la question de savoir si » l'enfant a eu vie ou non. »

Cela se comprend d'ailleurs. De très graves intérêts peuvent dépendre de la question de savoir s'il y a eu ou non vie extra-utérine, et comme le fait remarquer un arrêt de la cour de cassation du 2 septembre 1843 (1) on ne pouvait la laisser trancher par des particuliers.

La loi du 13 mai 1863 a apporté aux prescriptions de l'article 1er du décret de 1806 une sanction pénale. Elle a créé le nouveau délit de *non-présentation d'enfant*, et elle punit le coupable, dans le cas où il est prouvé que l'enfant n'a pas vécu, d'un emprisonnement de cinq jours à deux mois (art. 345 code pénal).

Il faudrait se garder cependant d'étendre trop loin cette sanction et de l'appliquer à l'inhumation d'un fœtus résultant d'un avortement. Dans ce cas, il n'y a pas enfant, par conséquent, pas de décès à constater. Sur le principe,

(1) S. 1843. I. 801.

tout le monde est d'accord ; tout le monde admet qu'il y a des cas où « la présentation sans utilité pour l'intérêt » social, pourrait blesser la pudeur publique ». (Cass. 7 août 1874).

Mais quels sont ces cas ? Comment pourra-t-on distinguer l'enfant du fœtus ? C'est ici que commencent les divergences.

Certains arrêts, Amiens 20 décembre 1873, Agen 6 août 1874 (1), semblent admettre que c'est là une question de fait. Il suffit, d'après ces décisions, pour que l'on doive appliquer les règles relatives à la déclaration et à la constatation des décès, que l'enfant soit formé dans ses organes essentiels, alors même que la grossesse n'aurait duré que quatre à cinq mois.

Ce n'est point l'opinion de la Cour de Cassation. La cour suprême estime qu'il y a lieu de faire intervenir ici les articles 312 à 315 du C. C. et de combiner leurs dispositions avec l'article 358 du C. P. L'existence du délit de suppression d'un enfant qui n'a pas vécu est subordonnée à la condition que l'accouchement ait eu lieu au moins six mois après la conception. « L'être qui vient au monde » avant ce terme, dit-elle, dans ses considérants, privé » non-seulement de vie, mais des conditions organiques » indispensables à l'existence, ne constitue qn'un produit » innommé, et non un enfant dans le sens que le législa- » teur a attaché à cette expression ; ce n'est point en vue » d'un pareil être, qui, suivant que sa venue au jour se » rapproche davantage de l'époque de la conception, peut » ne pas même présenter les signes distinctifs de la forme » humaine, que le décret du 3 juillet 1806 a prescrit la

(1) D. 1875. 5. 175.

» présentation du cadavre de tout enfant mort-né à » l'officier de l'état civil. » (1)

Ainsi donc, d'après la Cour de cassation, l'enfant est-il né moins de 180 jours après la conception, on ne doit pas observer les formalités prescrites, par le décret de 1806. Au contraire, vient-il au monde après le sixième mois de la grossesse, alors même qu'il ne naîtrait pas viable, la présentation et la déclaration à l'officier de l'état civil doivent être faites.

Cette doctrine se concilie très bien avec le décret de 1806, qui exige que l'on indique le moment précis où « *l'enfant* » est sorti du sein de sa mère. — D'ailleurs, elle a cet avantage considérable de poser une règle fixe et invariable, dont l'observation ne peut donner lieu à aucune difficulté. Tandis qu'au contraire, dans le système des cours d'Agen et d'Amiens, comment distinguera-t-on le fœtus de l'enfant ? Comment saura-t-on s'il faut ou non appliquer les règles relatives aux inhumations ? Question de fait, dit-on. — Mais alors, on entre dans une voie ou l'arbitraire règne en maître, où l'on ne sera jamais sûr de se trouver en règle avec la loi.

SECTION III

Du règlement des Funérailles

Nous avons vu jusqu'ici un ensemble de formalités précédant l'inhumation, mais dont l'accomplissement importait surtout à l'ordre public et social.

(1) Cass. 7 août 1874. D. 1875. 1. 5.

Il nous reste à examiner une question qui touche plus intimement aux intérêts de la famille, et qui doit être, elle aussi, tranchée avant l'inhumation. Elle se rattache à un autre ordre d'idées ; au culte et au respect des morts. Il s'agit de régler les funérailles du défunt, de déterminer quelle sera la nature des honneurs qui seront rendus à sa dépouille mortelle. Cette question depuis quelques années surtout, a souvent occupé l'opinion publique. Elle a été plusieurs fois soumise à l'appréciation des tribunaux, et elle est actuellement portée devant les Chambres (1).

Nous aurons donc à nous demander quelle est la législation actuelle qui règle la matière ; à rechercher l'état de la jurisprudence basée sur cette législation, et enfin à comparer avec les décisions qu'elle donne, les dispositions édictées par les nouveaux projets de loi.

(1) Les Chambres francaises sont saisies de la question depuis le 24 mai 1880, sur l'initiative de M. Chevandier (Off. 10 juin 1880). Après la prise en considération du 12 février 1881, le projet de loi qui portait alors le titre de « *Projet de loi sur les enterrements civils* » donna lieu à un rapport de M. Chevandier. (Off. 1881, p. 1406). Alors survint le renouvellement de la Chambre.

La proposition fut reprise par M. Chevandier le 8 novembre 1881 (off. 1881 p. 1707) sous le nom de *Projet de loi sur la Liberté des Funérailles.*

De nouveau pris en considération le 31 septembre 1882, il fut après un second rapport de M. Chevandier (off. 1882. p. 853 et 1566), discuté à la Chambre des Députés, les 6 mai et 27 juin 1882, pour la première délibération, le 6 juillet suivant pour la seconde.

Transmis au Sénat dès le 12 juillet de la même année, (off. p. 462), il y fut voté avec quelques modifications dans les séances du 10 mai (1re délibération) et des 12 et 14 juin 1883 (2me délibération).

Ces modifications exigèrent un renvoi à la Chambre (18 juin 1883. off. p. 1213)

Troisième rapport de M. Chevandier (off. 1884, p. 30). Le renouvellement des députés en 1885 a amené de nouveaux retards. Le projet vient d'être discuté seulement par la Chambre les 15 février 1886 (1re délibération) et 30 mars 1886 (2me délibération).

De nouvelles modifications nécessitent encore un deuxième renvoi au Sénat.

Disons-le immédiatement, la matière qui nous occupe ne nous semble pas avoir été traitée directement par le législateur. Nous ne pouvons donc que rechercher dans le Code quels sont les règles du droit positif qui pourront nous servir, en nous aidant des principes du droit naturel, à trouver les solutions des questions qui ont été si souvent controversées.

S'il est une chose qui appartienne essentiellement et exclusivement à l'homme, c'est son propre corps. Si donc l'homme peut disposer de ses biens pour le jour où il n'existera plus, à fortiori peut-il disposer de son corps, en suivant les indications de sa volonté.

Seulement pour pouvoir être exécutée, cette volonté doit être connue ; elle doit l'être d'une façon certaine. Deux cas principaux peuvent se présenter. De deux choses l'une en effet, ou bien le défunt a laissé de ses intentions une manifestation écrite, ou bien il n'a rien laissé.

§ I. — *Le défunt a fait connaître sa volonté.*

Supposons d'abord que le défunt ait fait connaître sa volonté et l'ait consignée par écrit. Ici se place immédiatement cette question. Quelle forme pourra revêtir cet écrit ? Comment la volonté pourra-t-elle s'exprimer et se traduire ? C'est ce que nous allons examiner tout d'abord.

1° *Comment la volonté du défunt peut-elle se manifester ? — Comment le doit-elle ?*

C'est parce que l'homme peut disposer de ses biens, qu'on lui reconnaît, nous venons de le voir, la faculté de disposer de son corps. Ces deux droits sont donc de même

ordre, ils ont une même et unique source, le droit de propriété. Or la faculté de disposer de ses biens est soumise à certaines règles que le législateur a cru nécessaires pour en assurer le bon exercice. Il semble donc rationnel et très juridique de penser que celui qui veut disposer de son corps, peut suivre à cet effet les mêmes règles que s'il voulait disposer de ses biens, qu'il peut se servir des formes qui ont été organisées dans ce but par le code civil. Ces formes sont très simples. — Nous avons en effet trois espèces de testaments. Le testament authentique, mystique et olographe. Ce dernier surtout peut-être le plus facilement employé, puisqu'il n'exige d'autre formalité que d'être écrit et signé de la main du testateur.

Pas de difficulté lorsque la disposition relative aux obsèques se trouve mêlée dans un testament avec d'autres dispositions concernant les biens. On admet généralement que dans ce cas l'acte fait par le défunt étant un véritable testament, toutes les clauses qu'il renferme ont force obligatoire ; elles forment un tout indivisible.

Mais que décider au sujet d'un écrit ainsi conçu : « Je veux que mes funérailles soient civiles (ou religieuses). Fait à ....., le ....., puis la signature du défunt. »

Remarquons qu'en ce qui concerne la forme, c'est celle du testament olographe, nous avons un acte écrit en entier par le disposant, signé et daté par lui.

Certains auteurs, et quelques arrêts de la jurisprudence, refusent de voir dans cette disposition, un véritable testament. Ce serait simplement une recommandation, une commission faite à l'héritier, mais elle n'aurait aucune force obligatoire. « Si le testateur n'a pas attaché une

récompense appréciable à son exécution, s'il n'en a pas fait un mode dont l'exécution entraînerait l'anéantissement d'un legs, cette volonté respectable en elle-même, n'aura pour juge que la conscience de ceux à qui elle est imposée. ..... Un écrit renfermant seulement les dernières volontés du défunt sur des objets étrangers à ses biens ne serait pas un testament quoique revêtu des formes testamentaires (1). »

Et en effet dit-on, qu'est-ce que le testament ? L'article 895 le définit « *L'acte par lequel le testateur dispose pour le temps où il ne sera plus de tout ou partie de ses biens, et qu'il peut révoquer.* » Or, quand le testateur règle ses funérailles, indique le caractère à leur donner, il ne fait pas une disposition de biens. Donc, l'acte qu'il fait n'est pas un testament.

Cette interprétation du texte de la loi nous semble trop judaïque, pour être vraie. Le législateur de 1804, en donnant la définition contenue dans l'article 895, a statué sur le *de eo quod plerumque fit,* mais son intention n'a pas été de donner une définition exclusive. En droit romain et dans l'ancien droit, le mot « *testament* » suivant la célèbre définition de Modestin, avait une compréhension beaucoup plus large. Il désignait toute disposition *post mortem suam* : « *Testamentum est voluntatis nostræ justa sententia de eo quod quis post mortem suam fieri velit.* » Or rien n'indique ni dans les travaux préparatoires du code, ni dans les discussions qui ont précédé sa rédaction, que l'on ait voulu rompre avec ces traditions historiques (2).

(1) Dalloz. v° Disp. entre vifs, n° 2161. — Coin Delisle, sur l'art. 895, n° 3. — Marcadé, art. 895, n° 2.

(2) Aubry et Rau VII. p. 12.

L'écrit, dont nous parlions à la page précédente, réunissant toutes les conditions que la loi a jugé bon d'exiger pour le testament, n'est donc à vrai dire qu'un testament spécial, d'un genre particulier. Mais il n'en suffit pas moins pour indiquer avec certitude et d'une façon obligatoire la volonté du défunt.

Remarquons d'ailleurs ce qu'il y aurait de puéril et de contradictoire dans une jurisprudence, qui, reconnaissant la validité du règlement des funérailles, lorsqu'il se trouve accompagné d'une disposition de biens, refuserait au contraire de lui reconnaître aucune valeur légale lorsque ce règlement se trouverait isolé. Il suffirait alors, comme le faisait très bien remarquer M. Labiche, rapporteur du nouveau projet sur la liberté des funérailles, d'ajouter à cette disposition, le legs d'une valeur si petite qu'elle fût comme celle d'un livre ou d'un fusil. Evidemment cet esprit formaliste, digne tout au plus d'une autre époque, ne saurait convenir à l'interprétation, ni à l'application moderne de nos lois. Une règle qu'il serait aussi facile d'éluder ne mériterait plus le nom de loi. Elle conduirait fatalement à l'usage de dispositions fictives qui n'auraient absolument rien de réel. — Il faudrait bien en effet, en arriver à ce résultat, sinon l'on mettrait celui qui n'a aucun bien dont il puisse disposer, qui est dénué de tout, dans l'impossibilité d'user du droit bien légitime cependant de régler ses obséques.

Nous venons donc de voir que celui qui veut organiser ses funérailles peut employer pour cela la forme testamentaire. Mais le doit-il ? Ne pourrait-il rendre autrement sa volonté obligatoire ?

La question s'est posée plusieurs fois devant les tribunaux de savoir quelle était la valeur d'une déclaration

sur le caractère des funérailles, écrite par un tiers ou imprimée, au bas de laquelle le défunt se serait contenté d'apposer simplement sa signature.

En droit, il est impossible de reconnaître aucune valeur à une pareille déclaration; on n'y trouve point, en effet, observées les formalités du testament, pas même celles, pourtant si simples, du testament olographe. — Elle ne peut valoir davantage comme acte sous seing privé, puisque les conditions de l'article 1326 n'y sont pas remplies. C'est ce que faisait très bien ressortir le Ministre de l'intérieur, dans la séance du 6 mai 1882, à la Chambre des Députés. « Comment, disait-il, vous ne pouvez dis-» poser d'une parcelle de vos biens sans que vous » ayez fait un acte en dûe forme; vous ne pouvez même » pas dans la vie ordinaire, souscrire un simple engagement » sans approuver au moins l'écriture; vous ne pouvez pas » faire une disposition testamentaire sans que vous l'ayez » écrite toute entière de votre main, et il se pourrait » qu'une simple signature au bas d'une déclaration, » reçue on ne sait où, ni dans quelles conditions vaudrait » ici comme une manifestation suffisante de la volonté » du défunt. »

La Chambre des Députés et la Commission du projet de loi en discussion se sont rendues à ces observations, et après avoir admis dans l'article 3 du projet « Que tout majeur peut régler les conditions de ses funérailles, quant au caractère civil ou religieux à leur attribuer, soit pour disposition testamentaire, soit par déclaration olographe.... », elles ont rejeté le § 3 du projet qui ajoutait « Soit par une déclaration écrite au bas de laquelle le déclarant aura simplement apposé sa signature. »

Mais prenons une autre hypothèse qui s'est aussi présentée assez souvent. Le défunt s'est engagé pendant sa vie à exclure (c'est ainsi que le cas s'est présenté) le prêtre de ses obsèques. Cet engagement a été souscrit en remplissant les formalités nécessaires aux actes ordinaires passés soit par devant notaire, soit sous seing privé.

Quelle sera la valeur extrinsèque d'un pareil acte ? (1) Nous supposons bien entendu que les formes spéciales au testament n'ont pas été observées.

Il nous semble impossible de reconnaître à cette déclaration, aucune force légale et obligatoire. Le législateur, en édictant des formalités pour l'expression des dernières volontés, l'a fait pour en assurer la véracité et l'authenticité, et il n'est point admissible qu'on puisse s'y soustraire. Le porteur de l'acte que nous examinons n'aurait donc aucun droit à s'ingérer dans les funérailles.

On a fait cependant une objection d'apparence assez spécieuse, et on a dit : mais la convention par laquelle le *de cujus* a chargé un tiers de pourvoir à ses funérailles, ne vaut-elle pas au moins comme une convention de mandat ?

Nous ne discuterons point la question de savoir si le mandat finit avec la mort du mandant, alors que l'affaire qui forme l'objet du mandat, devait être accomplie ou continuée après le décès du mandant. La jurisprudence a maintes fois décidé, et c'est un point généralement admis dans la doctrine, que l'article 2003, du code civil, n'avait rien d'absolu, et que les parties pouvaient y déroger par leurs conventions (2).

(1) Nous verrons plus loin jusqu'à quel point un pareil acte oblige celui qui l'a souscrit.

(2) Paris 10 Décembre 1850. S. 50. 2. 625. — Req. rejet. 22 mai

Mais du moins, nous devons admettre que le mandataire, dans notre hypothèse, est un mandataire spécial, nommé en vue d'une mission toute particulière. Or, si d'une façon générale le mandat n'est astreint à aucune forme, s'il peut être donné verbalement aussi bien que par écrit, sous signature privée comme par acte authentique, cette règle n'est cependant pas sans exception. Il serait plus vrai de dire, si l'on voulait donner une formule qui s'applique à tous les cas, que le mandant doit observer pour donner mandat, les mêmes formalités que celles qu'il eut dû observer lui-même s'il avait accompli directement la mission qu'il confère à son mandataire. C'est ainsi que le mandat de constituer une hypothèque, celui de représenter l'un des futurs époux à son contrat de mariage, doivent être constatés par une procuration authentique (1). Pourquoi ? Parce que l'hypothèque, le contrat de mariage sont eux-mêmes assujettis à la forme authentique.

De même, le mandat de régler et d'organiser les funérailles ne peut être donné que dans la forme et de la manière dont le défunt eut dû se servir s'il avait voulu les régler et les organiser lui-même, c'est-à-dire dans la forme testamentaire. Le mandataire n'est alors qu'une sorte d'exécuteur testamentaire investi d'une mission spéciale. Or, tout le monde admet que l'exécuteur testamentaire ne peut être nommé que par un testament.

Puisque nous venons de prononcer le mot d'exécuteur

1860. S. 60. I. 721. — Req. rejet 30 Avril 1867. S. 67. I. 329. — Aubry et Rau, IV. p. 657.— Troplong. Du mandat n° 728. — En sens contraire, Diss. de M. André Gairal. Revue Catholique des Institutions et du Droit. 1873. I. p. 372. — Laurent. XXVIII. p. 95.

(1) S. 1886. I. 145.

testamentaire, nous devons examiner une question qui s'est soulevée à leur sujet. Le soin des funérailles, s'est-on demandé, est-il compris dans leur mission ?

Le testateur après avoir dans son testament disposé de ses biens, ajoute : « *Je nomme X... mon exécuteur testamentaire.* » X... pourrait-il se prévaloir de cette clause pour prétendre au droit de régler les funérailles du *de cujus ?*

La solution de cette question nous paraît très simple. L'exécuteur testamentaire a pour seule et unique fonction, celle de veiller à l'exécution du testament, à l'accomplissement des volontés exprimées par le défunt. Si le testament contient une clause expresse sur le caractère des obsèques, l'exécuteur testamentaire doit assurer le respect et l'exécution de cette clause comme des autres. Mais si au contraire, le testament n'attribue point expressément à la personne ainsi désignée, la mission de régler ses funérailles, sa seule qualité d'exécuteur testamentaire ne saurait lui conférer ce droit. Il ne rentre point dans les fonctions qui lui ont été attribuées. Sa mission n'est point de présumer la volonté du défunt, il n'a qu'à l'exécuter telle qu'elle a été légalement exprimée.

Puisque la faculté de disposer de son corps est juridiquement de même ordre que celle de disposer de ses biens, puisqu'elle est subordonnée à l'emploi de formes légales, il faut en conclure que l'on ne peut en user qu'autant que l'on jouit de la capacité nécessaire pour employer ces formes, et pour prendre des dispositions exécutoires après sa mort.

Il en découle immédiatement cette conséquence, que tous ceux que la loi déclare incapables de tester de leurs biens, ne peuvent non plus par testament disposer de leur

corps ; qu'ainsi les mineurs, les interdits etc., ne sauraient réclamer un pareil privilège.

Il y a cependant pour le mineur, une situation spéciale que nous devons examiner. Avant seize ans, le mineur est privé d'une façon absolue de tester. — Pas de difficulté.

Mais après seize ans, la position du mineur change dans une notable mesure. D'une part, l'article 904 du code civil lui accorde la faculté de disposer par testament d'une partie de son patrimoine ; d'autre part, si nous parcourons les autres parties de notre législation, nous voyons que la loi a fixé à seize ans l'âge auquel elle présume que tout individu a la parfaite connaissance de ses actes et de leurs conséquences (article 66 et 67, c. p.) Comment dès lors contester au mineur, âgé de seize ans, le droit de régler le caractère civil ou religieux de ses funérailles?

Certains auteurs cependant ont cru pouvoir le faire. En effet, disent-ils, la faculté de tester accordée au mineur par l'article 904, ne détruit pas la puissance paternelle. Malgré le droit que lui confère cet article, l'enfant mineur de 16 ans est et reste incapable jusqu'à sa majorité.

Ces observations sont justes ; mais qu'est-ce à dire? — Les père et mère pourraient-ils, s'armant de leur autorité, empêcher légalement l'enfant d'user du droit qui lui est conféré par l'article 904? Et si la puissance paternelle doit s'incliner devant la volonté de l'enfant, quand il s'agit de la disposition de ses biens, comment ne fléchirait-elle pas quand il s'agit de son corps qui est, de tous les biens, nous le répétons, le plus exclusivement personnel? — La solution que nous combattons conduirait d'ailleurs à une véritable inconséquence. Que l'on suppose en effet, le mineur dont il s'agit, marié, et lui-même père de famille ;

il aurait incontestablement le droit de régler les funérailles de ses enfants, et cependant on serait obligé, dans le système que nous repoussons, de lui refuser ce même droit pour ses propres obsèques. En présence de ce qu'une pareille situation aurait de contradictoire, ne faut-il pas conclure que le mineur de seize ans peut valablement régler ses funérailles et les organiser comme il l'entend?

Le projet de loi sur la liberté des funérailles, prenant un moyen terme entre l'âge de seize ans et la majorité, n'accorde ce droit qu'au mineur émancipé. (Article 3. Séance du 18 février 1886).

2° *Révocation de cette volonté.*

Il résulte des explications que nous venons de donner, que celui qui a exprimé sa volonté, qui a réglé dans les formes que nous avons indiquées, la nature et les conditions de ses funérailles, a fait un véritable testament. Or, tout testament est essentiellemet révocable; il peut toujours être modifié en tout ou en partie.

Cela est si vrai, qu'il faudrait considérer comme nul l'engagement pris par une personne d'exclure (c'est ainsi que le cas s'est présenté), le prêtre de son foyer et de ses obsèques. Cette personne pourrait révoquer comme bon lui semble, une pareille promesse, alors même qu'une indemnité pécuniaire aurait été fixée d'avance pour le cas d'inexécution. « L'objet d'une telle promesse, remarque M. Bressolles, est de ceux qui ne peuvent faire la matière d'une convention (articles 6 et 1128 du code civil). Nul ne peut avoir un intérêt appréciable par les tribunaux à l'exécution d'une pareille obligation (1). » On ne peut

s'engager à vie, car personne ne peut renoncer à sa liberté.

La révocation du testament peut être *expresse* ou *tacite*.

La révocation est *expresse* aux termes de l'article 1035, lorsque elle se trouve contenue dans un testament postérieur, ou dans un acte passé par devant notaire, portant déclaration de changement de volonté. — Aucune difficulté pour cette hypothèse.

La révocation d'un testament peut encore être *tacite*. d'après les textes de notre code civil, elle peut résulter de deux causes :

1° D'un testament postérieur qui contient des dispositions nouvelles ;

2° De l'aliénation que le testateur fait de la chose léguée, art. 1038 C. C.

Mais l'intention du législateur, n'a point été d'indiquer toutes les causes de révocation d'une façon limitative. En indiquant ces deux modes, et notamment celui de l'article 1038, dit Jaubert dans son rapport au Tribunal, la loi n'a fait que présenter un cas important qu'elle a cité comme un exemple et une application. « Mais elle n'exclut » pas les autres cas, où la preuve du changement de » volonté peut être recueillie de faits positifs ou irrécu- » sables. Il ne faut pas fermer le champ des présomptions, » mais seulement le circonscrire. On aura un sérieux » égard aux présomptions qui découlent logiquement, » irrésistiblement d'un acte, d'un fait, et qui sont comme » une vérité juridique déclarée par la force de la » raison » (2).

(1) Revue catholique des Institutions et du Droit, 1873., I. p. 135.
(2) Troplong. — Traité des donations. IV. p. 278.

M. Demolombe, (1) dans son traité des donations et testaments abonde dans le même sens. « Les questions de révocation testamentaire, dit-il, sont avant tout des questions de volonté ; et chaque jour il se présente dans la pratique des preuves de révocation tacite, tellement significatives, en dehors même de celles qui ont été prévues, qu'une théorie qui entreprendrait de les méconnaître, se briserait inévitablement contre l'éclatante vérité des faits. »

En résumé, l'intention du législateur a donc été celle-ci, à savoir que la révocation d'un testament peut résulter de certaines circonstances de fait qui impliquent une impossibilité ou qui amènent l'inconciliabilité des dispositions testamentaires avec les actes postérieurs du défunt.

Appliquons ces principes à notre matière ; nous sommes amenés à conclure que la révocation d'une disposition funéraire, encore qu'elle n'ait pas été formellement exprimée, peut avoir lieu, non plus, comme en matière de legs par suite d'une impossibilité matérielle d'exécution, mais, puisque nous sommes dans un autre ordre d'idées, par suite d'une impossibilité morale. Cette dernière résultera d'un ensemble de faits précis, concordants, indiquant d'une manière ferme, irrécusable, un changement de volonté.

Ainsi par exemple, l'hypothèse a été reprise plusieurs fois dans la discussion de la loi sur la liberté des funérailles, un jeune homme a souscrit une déclaration demandant à être enterré civilement ; il se fait prêtre, et ne songeant plus à la déclaration qu'il a signée autrefois, il oublie de la révoquer. Sa vie toute entière de prêtre est un démenti donné à la déclaration qu'il avait faite, et

(1) Traité des donations et testaments. V. p. 208.

personne ne saurait contester qu'il n'y ait dans l'espèce révocation tacite de la déclaration primitive, par suite d'une impossibilité morale d'exécution. — De même encore, un individu après avoir réglé la question de ses funérailles et demandé un enterrement civil, se convertit, il fait construire une église, il y réserve un caveau pour sa sépulture ; il y aura dans tous ces faits une révocation indirecte des dispositions funéraires qu'il avait prises antérieurement.

Dans tous ces cas et autres semblables, aucune controverse ne pourrait s'élever. Mais il en est d'autres où la question est plus délicate et plus embarrassante. La demande et la réception des sacrements, par exemple, pourrait-elle être considérée comme une révocation tacite de la clause testamentaire exigeant un enterrement civil? Cela suffirait à notre avis pour créer une présomption de changement de volonté. Cette présomption serait tout aussi raisonnable et aussi concluante que celle de l'art. 1038 du code civil. En effet, comment comprendre que celui qui réclame avant de mourir les secours d'une religion, qui demande l'assistance de ses ministres ne veuille pas que ces mêmes ministres l'accompagnent à sa dernière demeure? L'acte qu'il pose, dans l'espèce, nous semble inconciliable avec la déclaration qu'il pourrait avoir faite précédemment.

On a objecté, immédiatement lors de la discussion de la loi à la Chambre, la situation d'un moribond « qui n'a plus souvent la connaissance de ce qui se passe autour de lui, qui reçoit sans le savoir les derniers sacrements, et à qui on attribue indûment les honneurs de l'enterrement religieux. »

Nous répondrons que d'abord, ce serait à ceux qui

prétendent à la réalité d'une pareille situation, à la prouver ; l'erreur ou l'inconscience ne se présument jamais. — D'ailleurs, la présomption que nous avons voulu tirer de la réception des sacrements, n'est qu'une présomption *juris tantum*. Le juge reste toujours souverain appréciateur de la question de savoir s'il y a ou non révocation tacite. Il doit s'inspirer pour la résoudre de l'ensemble des faits et circonstances qu'on lui propose.

§ 2. — *Le défunt n'a pas manifesté sa volonté.*

Nous avons à examiner maintenant le second des deux cas que nous avions prévus : le défunt n'a point manifesté sa volonté, ou du moins il ne l'a pas fait dans les formes exigées par la loi.

Dans ces deux hypothèses en effet, la situation est absolument la même. Sans doute, cet acte informe dont nous avons étudié dans le paragraphe précédent plusieurs exemples, pourra servir à constater, à déterminer et à préciser la volonté du défunt, il pourra être un élément de preuve, mais rien plus.

En l'absence de manifestation formelle et légale, la famille agira comme exécuteur naturel des volontés présumées du mort. Mais il importe de remarquer que c'est là son seul titre. « La famille, l'héritier n'ont aucun droit personnel sur le corps du défunt. Il n'est point devenu leur chose par cela même qu'ils ont hérité des biens du défunt (1) ». Il est impossible en effet d'établir d'une façon absolue l'assimilation entre la dévolution des

(1) M. G. Théry. Revue catholique des Inst. et du Droit, 1876. II. p. 265.

biens d'une personne et le règlement de ses funérailles. Le législateur a posé, en ce qui concerne les successions, des règles dont l'observation importe à la fois à l'intérêt des familles et au maintien de la société. C'est pourquoi il a pourvu en cas de silence du testateur à la transmission de ses biens à ses héritiers, conformément à ses intentions présumées.

Mais quand il s'agit de la forme des funérailles, la question n'est plus la même : les mêmes principes ne peuvent plus nous guider et nous conduire. D'une part l'ordre public n'y est plus aussi directement intéressé, partant la loi n'a point fait de règlement auquel par cela seul qu'il n'a rien dit, le défunt soit réputé en avoir référé. D'autre part, il ne serait pas juste de considérer la volonté de l'héritier sur ce point comme l'expression de celle de son auteur. Car les affections naturelles, quelque réelles qu'elles soient, n'attestent pas toujours la similitude des croyances religieuses. Celles-ci peuvent même être absolument opposées et contradictoires, et si le législateur a pu en faire abstraction pour la transmission de la succession, on comprend qu'il n'en puisse plus être de même quand il s'agit d'une matière qui, par sa nature et même par son essence, y touche d'une façon aussi complète et aussi intime.

On a fait cependant une objection et on a dit : mais les frais funéraires sont une charge de la succession. Ils seront supportés par ceux à qui les biens auront été dévolus. Or, suivant ce vieux brocard « celui-la commande qui paie » ce sera à ceux qui ont recueilli la succession, à déterminer la nature et le caractère des obsèques. Il y a donc une relation intime entre la dévolution des biens et le règlement des funérailles.

Cette objection ne doit pas nous arrêter. Nous trouvons dans le décret de Prairial lui-même, la réponse à lui faire.

Il est bien vrai que les frais funéraires sont à la charge de la succession. Ainsi le reconnaît l'article 25 du décret : « les frais à payer par *les successions* des personnes décédées pour les billets d'enterrement, etc., etc. » Mais s'ensuit-il que ce seront les successeurs qui pourront régler les cérémonies ? Nullement. Cette seconde question, indépendante de la première, est tranchée non par l'article 25, mais par l'article 48 de ce même décret. « Les cérémonies précédemment usitées pour les différents cultes seront rétablies et il sera libre *aux familles* d'en régler la dépense. » Cet article ne distingue pas suivant que les parents sont ou non héritiers. Il dispose en termes généraux et reconnait dans tous les cas le droit de la famille de régler les funérailles.

Ce droit de la famille se trouve d'ailleurs encore confirmé par le décret du 18 août 1811 (1) et l'ordonnance royale des 25 juin et 14 juillet 1832 concernant le service des inhumations à Paris (2).

Aussi, quand la famille est unanime pour interpréter la volonté du défunt, aucune difficulté sérieuse ne pourrait surgir. Mais il n'en est plus de même quand elle est divisée sur cette question. La situation est très délicate, nous devons l'examiner ici.

(1) Art. 2. — ..... C'est uniquement sur ses imprimés que *les familles* ou leurs fondés de pouvoir exprimeront leurs volontés.

(2) Art. 6, Chap. 1er — Les transports se font soit aux églises, soit aux temples et de là aux cimetières ou aux barrières, soit aux cimetières ou aux barrières directement, le tout sur l'ordre des maires, d'après la volonté *des familles* exprimée par écrit.

1° *Du conflit entre parents.*

La difficulté provient de ce que le législateur, en employant le terme général de *famille*, n'a pas songé aux conflits qui pourraient s'élever entre ses membres, et partant, n'a point pris soin de déterminer quel serait celui d'entre eux qui, en cas de dissentiment, devrait l'emporter sur les autres. La question d'ailleurs serait peut-être assez difficile à trancher législativement. Les hypothèses peuvent varier à l'infini, en sorte que leur solution, dépendant d'une foule de circonstances de fait, semble devoir être du domaine du juge et de l'interprète, plutôt que de celui du législateur. Cependant, il eût été désirable que la loi, tout en restant dans les généralités, eût déterminé quel serait, toutes choses égales d'ailleurs, l'ordre à suivre entre les parents. Elle eût ainsi, sans aucun doute, facilité la tâche du juge, en lui donnant des points de repère certains, des termes de comparaison auxquels il lui eût été facile de se référer.

Que l'on se place surtout dans l'hypothèse ou malgré toutes les recherches, la volonté du défunt est restée impénétrable. C'est là qu'on verrait apparaître l'utilité d'une réglementation par le législateur. — Supposons encore qu'il s'agisse d'un enfant, d'un individu incapable de manifester sa volonté ; qui aura le droit d'organiser ses obsèques ?

Sans doute le plus souvent, quand il s'agira d'opter entre le caractère civil ou religieux des funérailles, il sera assez rare qu'on n'ait point des indices suffisants des intentions présumées du défunt. Mais même alors,

le conflit peut s'élever sur des points secondaires. Or, quelque soit l'importance des points en litige, en droit la question à trancher reste absolument la même.

Quoiqu'il en soit, il n'y a qu'un moyen de résoudre le conflit, c'est de s'adresser à la justice. Mais quelle sera la juridiction compétente? C'est ce que nous allons rechercher.

2° *Qui tranche le conflit ?*

Il est incontestable qu'en pareille matière, il y aura toujours urgence à ce qu'il soit immédiatement statué. Or, si l'on saisissait la juridiction ordinaire, il est clair qu'avec notre système de procédure, un jugement ne pourrait être rendu que longtemps après qu'il aurait fallu pourvoir à l'enterrement, et alors, par conséquent, que le principal intérêt de la question aurait disparu. Il faut donc choisir une procédure rapide et expéditive.

Celle qui se présente immédiatement à l'esprit, c'est le pourvoi en référé devant le président du tribunal civil. On a fait cependant une objection à ce moyen. — On a dit : mais le président n'est compétent que pour statuer au provisoire (article 809, Procédure Civile), il n'a pas qualité pour statuer au fond. Or dans la matière que nous étudions, le provisoire emporte forcément le fond ; un enterrement ne se recommence pas, rien n'est plus définitif que l'accomplissement ou l'inaccomplissement de telles ou telles cérémonies pour les funérailles.

Cette objection ne doit pas nous arrêter. L'article 806 du code de Procédure Civile est formel : Il y a lieu à référé *dans tous les cas d'urgence* ; cet article pose une règle absolue et générale. La loi n'a pas excepté les cas

où *le provisoire emporte le fond*. Elle ne l'a pas fait car elle ne pouvait pas le faire. En effet, « cette circonstance que le provisoire emporte le fond est, comme le fait remarquer M. G. Théry, (1) l'indice de la suprême urgence. L'urgence est telle que la justice n'a pas même le temps de statuer provisoirement, il faut immédiatement prendre une décision au fond, sinon il sera trop tard pour statuer..... Comprendrait-on le juge, statuant sur une urgence modérée; mais se déclarant incompétent parce que l'urgence est extrême ? »

D'ailleurs le texte qu'on invoque, l'art. 809 du code de procédure, est-il réellement aussi explicite qu'on veut bien le supposer ? *Les ordonnances sur référé ne feront aucun préjudice au principal*. Qu'est-ce à dire ?

Cela signifie simplement que les ordonnances sur référé ne constitueront pas chose jugée ; que lorsque la question sera ensuite portée devant les tribunaux, ceux-ci seront absolument libres de leur décision, comme si rien n'avait été fait jusque-là.

Mais cela n'enlève pas le moins du monde au président le droit de prendre des mesures irréparables s'il est urgent de le faire. L'art. 786 (C. Proc. Civ.) nous fournit un exemple remarquable, d'un cas, où le juge ne statuant qu'en référé, peut néanmoins rendre une décision qui emporte le fond. Il prévoit l'hypothèse suivante : Un débiteur est arrêté, il prétend que son arrestation est nulle, pour vice de forme. Il faut immédiatement statuer ; — l'art. 786 décide que le président statuera sur cette question en référé.

Supposons cependant que celui-ci déclare fondée la réclamation du débiteur et ordonne sa mise en liberté,

(1) Revue Catholique des Institutions et du Droit. 1876. II. p. 271.

voilà une décision dont l'effet sera irréparable. Le tribunal saisi de l'affaire pourra bien décider ultérieurement que l'arrestation était valable ; mais cela n'empêchera pas en fait, que la mise en liberté n'ait eu lieu, et qu'une nouvelle arrestation ne soit nécessaire.

Il n'est donc pas vrai de dire que le président du tribunal civil excède les pouvoirs qui lui sont dévolus comme juge des référés, quand il ordonne des mesures dont l'effet ne saurait être effacé postérieurement par le tribunal. Le plus souvent, il est vrai, les mesures qu'il ordonner aseront facilement réparables ; mais s'il est urgent d'agir autrement, le président a certainement le droit de le faire.

Le projet de loi relatif à la liberté des funérailles attribue au juge de paix la connaissance des conflits dont nous venons de parler. « En cas de contestation sur les » conditions des funérailles, dit l'article 4 du projet de » loi, il est statué dans le jour, sur la citation de la partie » la plus diligente, par le juge de paix du lieu du décès, » sauf appel devant le président du tribunal civil, qui » devra statuer dans les vingt-quatre heures. »

Cet article, qui apporte une dérogation formelle aux principes de compétence posés par notre législation, a soulevé de nombreuses objections. Le juge de paix, a-t-on dit, qui est au dernier échelon de la hiérarchie judiciaire, pour la nomination duquel aucune condition n'est exigée, présentera-t-il les garanties suffisantes pour trancher de pareilles questions ? — Saura-t-il suffisamment, alors qu'il habite ordinairement dans des villes, des communes assez peu importantes, s'élever au-dessus des passions locales que soulèvent ordinairement ces matières, et ne point se laisser influencer par elles ?

On a répondu que ces craintes, qui pourraient avoir quelque fondement, si les juges de paix décidaient en dernier ressort, perdaient beaucoup de leur force et de leur valeur en présence de la fin de l'article 4. Leurs décisions sont en effet, dit cet article, rendues « *sauf appel, devant le président du tribunal civil* ». Or, ce contrôle par un magistrat supérieur, présentant toute garantie de capacité et d'indépendance, n'est-il pas de nature à empêcher les abus de se produire ?

Cette réponse est la ruine même du système proposé par la loi. Le seul motif qui a fait admettre ici la compétence du juge de paix, c'est la nécessité, dans une matière où tout doit aller vite, de rapprocher la juridiction des parties. Or, qui ne voit que le plaideur, dont la demande n'aura pas été sanctionnée par le juge de paix, n'ayant et ne pouvant avoir dans ses lumières qu'une confiance limitée, préférera toujours ne s'en remettre qu'à la décision du président du tribunal ? De sorte qu'en réalité, au lieu d'activer la décision définitive de la justice, le nouveau projet de loi ne fait plutôt que la retarder.

Ajoutons pour être complet, que d'après le nouveau projet, le juge de paix doit statuer dans le jour où le conflit est porté à sa connaissance. Le président du tribunal de l'arrondissement n'a lui-même qu'un délai de vingt-quatre heures pour rendre sa décision. — Celle-ci est alors notifiée au maire, qui est chargé d'en assurer l'exécution.

3° *Solutions de la jurisprudence, et Règles d'interprétation de la volonté du défunt.*

Nous avons à nous demander maintenant quelles sont

les solutions de la jurisprudence sur ces délicates questions, et à rechercher si elles sont conformes aux principes généraux du droit.

Nous devons parcourir pour cela successivement plusieurs hypothèses.

1re Hypothèse. *Le défunt était marié ; il laisse son conjoint, puis d'autres parents descendants, ascendants ou collatéraux.*

Un conflit s'élève sur le caractère à donner aux funérailles. Qui va l'emporter ? Evidemment celui qui sera considéré comme devant interpréter le plus exactement la volonté du défunt. Mais quel sera-t-il ? La jurisprudence a eu assez rarement à se prononcer sur ce point. Elle l'a fait quelquefois cependant. — Mais il est une situation qui présente avec celle que nous examinons, plus d'un point de contact, et pour laquelle la jurisprudence a rendu maintes fois des arrêts : c'est celle où il s'agit du choix du lieu de sépulture. Au fond, ces deux questions étant pour ainsi dire les mêmes, les principes que les tribunaux ont posés à propos de l'une d'elles, leur serviraient probablement de guide pour la solution de l'autre.

Or, la plupart des arrêts reconnaissent la prééminence du droit du conjoint survivant, sur celui de tous les autres parents ou héritiers. En effet, le mariage est de tous les liens, le plus intime et le plus étroit. « *Erunt duo in carne unâ* ». Le conjoint qui a été le confident de son époux pendant sa vie, doit être aussi présumé, jusqu'à preuve contraire, le dépositaire et le fidèle interprète de ses dernieres volontés. C'est lui qui a été le plus à même

de les connaître et de les apprécier ; ce sont ses indications que doit suivre la justice (1).

Mais si toutes les décisions de la jurisprudence admettent le principe que nous avons indiqué, elles ne l'érigent point cependant en règle absolue. Les parents ou autres héritiers, peuvent très bien prouver que la présomption que nous avons admise en faveur du conjoint, est contraire à la réalité. Leurs éléments de preuve, ils les trouveront dans les circonstances de fait, dans la manière de vivre des conjoints, dans le caractère des rapports qu'ils ont eu entre eux, etc. Ainsi par exemple, l'époux qui vivait en mauvaise intelligence avec son conjoint, qui avait des torts graves à se reprocher à son égard, qui avait été séparé de corps d'avec lui, ne saurait être considéré comme le plus fidèle interprète de la volonté du prédécédé ; par suite, les tribunaux pourraient très bien ne pas admettre ses prétentions, et les faire fléchir devant celles des autres parents.

Ces quelques circonstances que nous venons d'énumérer, ne sont pas d'ailleurs les seules que l'on puisse invoquer. Elles peuvent varier à l'infini, dépendre d'une foule de faits plus ou moins probants, qu'il serait impossible de préciser à l'avance. C'est ainsi qu'il a été jugé qu'une femme qui appartenait au culte catholique, et l'avait pratiqué toute sa vie, pouvait nonobstant le mari, et sur la demande de la famille, être enterrée avec le concours

(1) Dans ce sens, Paris, 3 août 1858. — D. 58. 5. 330.
Nancy, 14 août 1869. — D. 69. 2. 233.
Bruxelles, 16 juin 1876. — D. 80. 5. 339.
Paris, 18 août 1881. — S. 81. 2. 140.
Amiens, 17 septembre 1881. — S. 82. 2. 118.
St-Quentin, 24 déc. 1884. — S. 85. 2. 205.
Contra — Bastia, 1865. — D. 66. 2. 177.
Lisbonne, 31 août 1874. — D. 75. 3. 49.

des ministres de sa religion (Lille, 11 novembre 1874 et 17 juin 1883) (1).

On a invoqué à l'encontre de cette décision les droits de la puissance maritale. « La femme, dit-on avec l'art. 213 du code civil, doit obéissance à son mari. » C'est donc la volonté du mari qui doit l'emporter sur celle de sa femme quand il y a conflit entre eux.

Notre réponse sera facile. Sans doute, il ne faut pas méconnaître les prérogatives de la puissance maritale ; mais celle-ci précisément, ne donne aucun droit au mari en ce qui concerne les croyances et les pratiques religieuses de sa femme. Chacun des époux est indépendant de son conjoint au point de vue de ses convictions ; personne ne saurait prétendre au droit de les lui faire modifier ; personne ne pourrait par conséquent l'associer à une manifestation que sa conscience repousserait énergiquement.

Qui pourra donc, à défaut du conjoint, trancher cette question des funérailles du de cujus ?

La question est la même, que nous soyons en présence d'un individu dont le conjoint a été écarté comme ne pouvant interpréter la volonté de son époux, ou que nous nous trouvions en face d'une personne non engagée dans les liens du mariage. Nous abordons par conséquent l'examen d'une deuxième hypothèse, celle où il faut choisir entre les héritiers légitimes, autres que le conjoint.

2me Hypothèse. — *Le défunt laisse des héritiers légitimes autres que le conjoint.*

Les héritiers légitimes sont ou bien des descendants, ou bien des ascendants, ou bien enfin des collatéraux.

(1) D. 75. 3. 49. — et S. 85. 2. 206.

Devrons-nous suivre ici l'ordre fixé par le législateur pour les successions *ab intestat* ?

Et d'abord, si les enfants, les descendants du *de cujus*, sont encore des mineurs de seize ans, la question ne saurait faire aucun doute. Incapables nous l'avons vu, de régler pour eux-mêmes cette importante et délicate question, à plus forte raison ne le peuvent-ils point faire pour d'autres. Les ascendants seraient donc alors tout indiqués pour organiser les funérailles du *de cujus*.

Mais où le problème devient plus délicat, c'est lorsqu'à côté des descendants se trouvent les enfants du *de cujus*, majeurs et jouissant de la plénitude de leurs droits.

Nous ne voyons pas bien, à vrai dire, quels arguments les ascendants pourraient invoquer pour leur propre cause à l'encontre des descendants. En effet, les enfants se trouvent en général avec leurs parents, en relations plus intimes et plus habituelles que qui que ce soit. Ils doivent tout naturellement être le mieux à même de connaître leurs intentions. « C'est une loi de la nature, dit M. Laurent, (1) que l'affection descend qu'elle ne remonte pas. L'affection que nous avons pour nos enfants et descendants, est plus vive que celle que nous portons à nos ascendants. » Il paraît donc logique de penser que l'ascendant qui n'a rien dit, s'en est remis à ses descendants du soin de lui faire des funérailles conformes à ses principes et à ses convictions. C'est bien aussi la pensée du législateur, puisqu'en déterminant les divers ordres d'héritiers pour la transmission des biens, et le rang dans lequel ils succéderaient, il a eu soin de donner la préférence aux descendants, sur tous les autres. Sans doute, la

(1) Cours de Droit Civil. IX. p. 51.

question que nous étudions n'est pas absolument la même, nous avons eu bien soin de l'établir au début de ce chapitre. Mais cela ne nous empêche pas de tirer des articles 731 et suivants C. C., un argument d'analogie qui vient appuyer nos observations et corroborer notre thèse. Le père et la mère ne viendront donc qu'à défaut de descendants majeurs et jouissant de leurs droits.

Nous avons maintenant à examiner cette prérogative des ascendants. Parmi ces ascendants eux-mêmes, peuvent s'élever des difficultés. Le père et la mère de l'enfant mort, peuvent ne pas s'entendre.

Le président du tribunal civil de Douai, jugeant en référé, a par une décision du 6 Avril 1875, D. P. 1875. 3.50, décidé que la volonté de la mère devrait l'emporter sur celle du père. Peut-être s'est-il laissé entraîner par les circonstances de fait, qui dans l'espèce, paraissaient favorables à la mère. Celle-ci voulait pour son enfant mort en bas âge, un enterrement religieux, le père au contraire voulait un enterrement civil. Or, le mariage des parents avait été célébré selon les rites du culte catholique, l'enfant avait été baptisé, il semblait donc tout naturel que l'enterrement de celui-ci se fit à l'église.

En droit cependant, cette solution saurait difficilement se justifier. Il n'y avait en présence que le père et la mère, il s'agissait de savoir lequel des deux pouvait faire prévaloir sa volonté. Sans doute pendant le mariage la puissance paternelle appartient à la mère aussi bien qu'au père, art. 371 et 372 C. C. Mais du vivant du mari, c'est à lui seul à l'exclusion de la mère, qu'en appartient l'exercice (art. 373). La loi n'accorde à la mère des droits égaux à ceux du père, que dans certains cas où elle s'en est expliquée formellement par une disposition spéciale (art.

148. 173. 182. 374). En dehors de là, ses droits sont subordonnés à ceux de son mari.

Ce n'est pas à dire cependant, que la puissance du père soit absolue. Plusieurs fois et avec juste raison, il a été décidé qu'elle était soumise au contrôle des tribunaux. (Paris 27 Juin 1867. S. 68. 2. 270). — Mais les arrêts prennent bien soin d'indiquer que « *s'il appartient aux tribunaux de déroger dans certains cas à la puissance paternelle, ou d'en tempérer l'application, ce n'est que lorsqu'il y a abus ou danger pour l'enfant.* » (Alger 27 Juin 1864, S. 64. 2. 288.) — Or, quand il s'agit de déterminer le rite suivant lequel l'enfant sera inhumé, le juge a-t-il mission de venir faire échec au pouvoir du père, et peut-on dire qu'il y a abus ou danger pour l'enfant ?

La décision du président de Douai, s'appuie sur les circonstances de fait que nous avons énumérées plus haut. Mais en définitive étaient-elles réellement suffisantes ? Tout au plus, pourrait-on y voir l'engagement pris par les parents de faire élever leur enfant dans telle religion. — Or, un pareil engagement, la doctrine et la jurisprudence sont d'accord sur ce point, un pareil engagement, dis-je, n'aurait aucune efficacité. C'est une des prérogatives les plus importantes de la puissance paternelle, que celle qui permet au père d'élever ses enfants dans la religion qu'il croit la meilleure. Celui-ci ne saurait aliéner ni même porter atteinte à sa liberté par un contrat, fût-ce par contrat de mariage.

Après les descendants, après les ascendants, viennent les autres héritiers. Ils seront appelés ordinairement à donner leur avis dans l'ordre de leur parenté. C'est aussi l'ordre présumé que suivent les affections du défunt.

CHAPITRE II

De l'Inhumation elle-même.

Nous venons de voir toutes les formalités qui précèdent l'inhumation, il nous faut examiner maintenant l'acte même de l'inhumation. Nous aurons à nous demander successivement : dans un premier paragraphe, quand elle peut être faite, dans un second, où elle doit être faite. Enfin dans un troisième paragraphe, et comme appendice, nous jetterons un rapide coup d'œil sur la question de la crémation.

§ I. — *Quand l'inhumation peut-elle être faite ?*

La réponse à cette question se trouve dans l'art. 77 du C. C. ainsi conçu : « Aucune inhumation ne sera faite » sans une autorisation, sur papier libre et sans frais, » de l'officier de l'état civil, qui ne pourra la délivrer » qu'après s'être transporté auprès de la personne décédée » pour s'assurer du décès, et que vingt-quatre heures » après le décès, hors les cas prévus par les règlements » de police. »

Il en résulte donc tout d'abord cette règle, que d'une façon générale, il s'écoulera toujours au moins vingt-quatre heures, entre le moment du décès et l'inhumation. La raison de ce délai est facile à trouver. Il est exigé

pour donner aux familles et à la société les garanties désirables contre les inhumations précipitées. Car,

> Qui tôt ensevelit, bien souvent assassine,
> Et tel est cru défunt qui n'en a que la mine. (1).

Cette règle existait déjà, avant la promulgation du code civil, dans la plupart des communes de France. Mais elle n'était point absolument générale, et en tous cas, point aussi précise. On était quelquefois enterré peu d'heures après avoir expiré. Témoin l'acte de décès d'un homme dont Mme de Sévigné a raconté la mort, acte qui nous est rapporté par M. Maxime du Camp. (2) « Le 3 Avril 1690, » à trois heures du matin, Michel Lasnier, maître d'hôtel » de Mme la marquise de Sévigné, est décédé rue Couture- » Ste-Catherine, duquel le corps a été inhumé dans le cime- » tière de l'église St-Paul sa paroisse, le même jour. »

Il faut bien le reconnaître d'ailleurs, cette obligation de conserver un mort pendant un certain temps, peut avoir de graves inconvénients, qui se manifesteront dans les villes surtout, où la population ouvrière étant très nombreuse, se trouve confinée dans des habitations assez restreintes. Une ou deux pièces composent bien souvent le logement de toute une famille.

De là est née l'institution des *Dépôts mortuaires*. On appelle ainsi des locaux spéciaux destinés à recevoir dans certains cas, les corps des personnes mortes ou présumées telles, en attendant l'heure de l'inhumation.

Les différents buts que l'on veut atteindre par cette institution, sont les suivants : 1° Empêcher les inhumations précipitées en cas de mort douteuse, quand les signes

(1) Molière. — *L'Etourdi.*

(2) Paris. Ses organes, etc. VI. p. 117.

de la mort ne sont pas suffisamment certains. 2° Empêcher la propagation par les cadavres, des maladies contagieuses. 3° Eviter la promiscuité des morts avec les vivants. 4° Permettre la désinfection des vêtements et objets de literie et autres objets contagieux.

La disposition des locaux varie suivant le but qui a été le plus spécialement poursuivi par les fondateurs du dépôt.

Le premier établissement de ce genre a été établi à Weimar, en 1791, uniquement pour prévenir les inhumations précipitées, en cas de mort incertaine. Depuis, cette institution s'est répandue rapidement dans les principales villes d'Europe, à la suite du congrès général d'hygiène de Bruxelles, en 1852, en vue surtout d'empêcher la propagation des maladies contagieuses.

Ce n'est qu'en 1879, à la suite d'un rapport fait par M. le Docteur du Mesnil, à la société de Médecine, dans la séance du 22 Octobre, que la question a été soulevée et étudiée en France. (1)

Les conclusions de ce rapport, qui tendaient à la création de dépôts mortuaires dans chaque arrondissement de Paris, furent adoptées en principe par le conseil municipal de cette ville. On décida même la création d'un *dépositoire*, dans le cimetière de l'Est. (2)

Quoiqu'il en soit, la règle est donc que l'inhumation ne

(1) Voir ce Rapport. — *Annales d'hygiène publique.* 1879. II. 515.

(2) Mais depuis, les plans ont été modifiés. Le dépôt mortuaire sera construit non au cimetière, mais dans un terrain communal. — Le bâtiment contiendrait dix cellules complètement isolées les unes des autres, convenablement aérées et de dimensions suffisantes pour pouvoir contenir les personnes qui désireraient veiller leurs morts, jusqu'au moment de l'inhumation.

Cette installation qui rendrait certainement d'immenses services à la population des grandes villes, n'a point encore été réalisée, même à Paris. Elle est encore soumise pour des raisons d'ordre administratif aux délibérations du conseil municipal.

peut avoir lieu que vingt-quatre heures après le décès. — Mais à partir de quel moment court ce délai ? A ne considérer que le texte de l'article 77, la réponse paraît toute simple : c'est à partir du moment même de la mort.

Seulement, c'est ici que naît la difficulté, l'indication de l'heure de la mort ne fait point partie des déclarations contenues obligatoirement dans l'acte de décès. Certains auteurs nous l'avons vu, prétendent même qu'il n'est point permis de l'y mentionner. Comment dans leur système obéir à l'article 77 C. C. ? Comment savoir si le délai légal a été observé ?

On a été obligé alors de proposer des distinctions. Les uns prennent pour point de départ des vingt-quatre heures, non plus le moment même du décès, mais celui de la déclaration faite à l'officier de l'état civil (1). C'est le système que l'on suit à Paris. Les autres font courir ce délai, à partir de la constatation du décès par les médecins vérificateurs ou par les commissaires de police.

Autrement, disent les partisans de ces systèmes, on laisse à l'initiative des particuliers, et partant des intéressés, la fixation du moment où l'on pourra légalement procéder à l'inhumation. Or, n'y a-t-il pas à craindre que ce ne soit là un danger, si l'on réfléchit que parfois la principale préoccupation de ceux qui entourent le défunt, est de se débarrasser au plus vite de son cadavre, soit, comme nous le disions plus haut, à cause de l'exiguité du logement, soit encore pour faciliter au crime les moyens d'échapper à la punition ?

Ces systèmes sont assurément fort séduisants, car ils évitent toutes difficultés, et il serait peut-être désirable de les voir sanctionner par une disposition législative.

(1) Audibert. Des sépultures et de la liberté des funérailles. p. 95.

Seulement, étant donnée notre législation actuelle, ils n'ont qu'un tort; celui d'être absolument en dehors des textes, de se trouver même en contradiction avec eux. Ils substituent un nouveau délai à celui qui avait été fixé par la loi. En effet, l'art. 77 C. C. parle en toutes lettres « du moment du décès. » Il n'y a qu'à s'en tenir à la lettre de la loi.

Ajoutons qu'en fait, si l'on discute encore en doctrine le point de savoir si la mention de l'heure du décès doit être insérée dans l'acte de l'état civil, cette mention s'y trouve toujours, grâce aux imprimés que l'administration envoie dans chaque commune comme modèles de rédaction.

Quant à nous, la question est beaucoup plus simple ; nous avons admis que l'officier de l'état civil pouvait indiquer l'heure du décès, ne fût-ce précisément que pour justifier qu'il n'a donné le permis d'inhumer que dans le délai voulu.

Ce délai fixé par l'article 77 est un minimum. Il est souvent prolongé, il y a des cas dans lesquels il doit l'être; mais, par contre, il y a aussi des circonstances qui permettent de l'abréger.

D'abord, en vertu des pouvoirs généraux de police qui lui sont conférés en cette matière, le maire peut, quand il le juge à propos, ajourner l'inhumation et ordonner qu'elle ne pourra avoir lieu que plus tard. Il devra même le faire lorsque l'on se trouvera dans le cas prévu par l'article 81, C. C., c'est-à-dire, lorsqu'il y aura des signes ou indices de mort violente, ou d'autres circonstances qui donneront lieu de la soupçonner. Dans cette hypothèse, il faudra qu'avant de procéder aux funérailles, un officier de police assisté, dit la loi, « d'un docteur en médecine ou en chirurgie, dresse procès-verbal de l'état du cadavre

et des circonstances y relatives, ainsi que des renseignements qu'il aura pu recueillir sur les prénoms, nom, âge, profession, lieu de naissance et domicile de la personne décédée. » — Le but de ces prescriptions est facile à saisir ; il importe en effet, lorsque l'on se trouve, ou du moins lorsque l'on croit devoir se trouver en présence d'un crime, il importe, dis-je, d'en saisir toutes les traces, de recueillir tous les éléments qui doivent en amener la constatation, et en assurer la répression.

Aussi n'est-il pas étonnant que le législateur ait sanctionné d'une façon sévère les obligations qu'il impose. L'art. 358 C. P. aprés avoir prévu dans son premier alinéa les inhumations clandestines, punit par les termes généraux du deuxième paragraphe, les inhumations précipitées. — La peine est de six jours à deux mois d'emprisonnement, et d'une amende de seize à cinquante francs.

Dans certaines circonstances, avons-nous dit, le délai ordinaire de l'art. 77 peut être abrégé, et le maire peut permettre, et même ordonner que l'on n'attende pas l'expiration du délai de vingt-quatre heures. Nous n'insisterons pas sur le cas où il y a eu une condannation à mort. Immédiatement après l'exécution de la sentence, le corps du supplicié est porté au cimetière pour y être enterré sans aucune cérémonie. Attendre l'expiration d'un délai n'aurait aucune raison d'être dans cette hypothèse. — Mais le délai pourra encore être abrégé, lorsque par exemple le défunt a succombé à une maladie contagieuse, dont les germes sont suceptibles de se répandre après la mort, ou qui doit amener très rapidement la putréfaction cadavérique. Il pourrait être préjudiciable à la santé de la famille, de retarder l'inhumation. Seulement, dans ce cas qui sera extrêmement rare, il faudra évidemment redoubler de

précautions et de soins pour constater la mort. Une circulaire ministérielle (24 Décembre 1866) ordonne que le médecin, qui, dans cette hypothèse, aura vérifié le décès, fasse un rapport spécial au maire.

§ 2. — *Où doit se faire l'inhumation.*

La question de savoir où doit se faire l'inhumation, où doit être enterré le défunt, est une question très délicate et qui mérite la plus grande attention. Dans cette matière, qui, comme nous l'avons déjà vu, présente plus d'une analogie avec celle du règlement des funérailles, sans pourtant se confondre avec elle, ce qui doit tout primer, ce que l'on doit surtout rechercher, c'est la volonté du défunt. C'est elle qui doit servir de guide et de principe pour la solution des difficultés qui pourraient être soulevées. Son influence ne doit subir d'autres restrictions, ni rencontrer d'autres limites, que celles qu'on lui opposerait comme mesures de police, au nom de l'ordre public et de la salubrité générale.

Seulement, pour s'imposer d'une façon obligatoire aux héritiers, cette volonté doit se manifester d'une certaine façon. Il faudra par exemple, qu'elle soit inscrite dans des dispositions testamentaires conformes aux prescriptions de la loi. Nous ne reviendrons pas sur cette question que nous avons examinée à propos des funérailles.

En l'absence d'une volonté ainsi régulièrement exprimée, c'est aux héritiers, en s'inspirant des sentiments de leur auteur, à rechercher quelles ont été ses intentions, à les interpréter et à les suivre.

Mais ici se pose la même question que celle que nous avons examinée à propos des funérailles. Que décider, si

les héritiers ne s'entendent pas, s'ils ne peuvent s'accorder sur le choix du lieu de sépulture ?

C'est alors aux tribunaux à prononcer, en s'inspirant de la volonté du défunt. Nous ne saurions admettre la théorie émise dans un jugement du tribunal de Villefranche, en date du 28 décembre 1883 (1). Il en résulte en effet, qu'en cas de désaccord entre les héritiers du défunt, l'inhumation devrait se faire dans la commune où a eu lieu le décès. « Attendu, dit ce jugement, que des termes et de l'esprit du décret du 23 prairial an XII, de celui du 5 thermidor an XIII et de l'art. 77 du C. C. il résulte qu'en principe, toute personne décédée, doit être inhumée dans le cimetière de la commune du décès, ... que nul n'est censé ignorer la loi... que le défunt est présumé avoir voulu s'y soumettre. »

Cette décision admet à vrai dire un principe qui ne se trouve nullement dans la loi. Les textes qu'il cite ne contiennent absolument rien de semblable. — Bien plus, il eût été étrange que le législateur eût admis un pareil principe. En effet, le lieu du décés peut n'être qu'un lieu de résidence fortuit et passager pour la personne décédée, sans qu'aucune affection, aucun lien d'origine ou de famille ne l'y rattachent.

Le principe que la jurisprudence a toujours tiré des textes et de l'esprit de la loi, est bien différent. Elle a toujours voulu que le lieu de sépulture fut choisi en se conformant à la volonté du défunt.

Nous n'avons qu'à nous reporter aux règles que nous avons tracées précédemment, et qui doivent servir, sauf les circonstances de fait qui peuvent varier à l'infini, à trouver et à interpréter cette volonté. Elles s'appliquent à notre matière d'une façon d'autant plus sûre et plus

(1) D. P. 1885. 3. 102.

certaine, que la plupart des arrêts que nous avons invoqués, se rapportent d'une manière spéciale et formelle, au choix du lieu de sépulture. Les décisions de la jurisprudence sont en effet beaucoup plus nombreuses sur ce sujet que sur celui du règlement des funérailles. Cela se comprend, car nous n'avons plus ici le même caractère d'urgence. Les funérailles une fois faites, disions-nous, sont définitives, elles ne se recommencent pas ; rien n'est plus irrévocable que l'accomplissement ou l'inaccomplissement des cérémonies religieuses. Au contraire, la désignation d'un lieu de sépulture peut n'être que provisoire. On peut toujours transporter la dépouille mortelle d'un endroit dans un autre. Rien n'empêche de s'adresser pour cela à la justice par les voies ordinaires.

De là cette conséquence que la juridiction compétente à laquelle on devra s'adresser pour faire cesser le conflit, sera celle des tribunaux ordinaires. Il ne sera plus besoin de cette procédure exceptionnellement rapide des référés, qui était indispensable dans la question du règlement des funérailles, et que nous avons dû admettre pour ne pas aboutir à un déni de justice.

Chacun a donc le droit de choisir le lieu destiné à son inhumation, sauf cependant à se conformer aux restrictions apportées par la loi au nom de l'ordre public et de la salubrité générale.

Nous verrons ces restrictions quand nous étudierons la législation relative aux lieux de sépulture, dans notre troisième partie.

§ 3. — *De la crémation*

Nous avons supposé jusqu'ici que le corps du défunt, enseveli et déposé dans le cercueil, était ensuite porté en

terre. Mais l'on s'est demandé, si au lieu de laisser suivre cet usage ordinaire, le *de cujus* n'aurait pas pu ordonner que son corps serait brûlé, et que les cendres en seraient conservées.

Cette question de la crémation, autour de laquelle il a été fait, depuis quelques années surtout, une certaine agitation, est encore aujourd'hui fort débattue. La plupart des pays de l'Europe s'en sont tous plus ou moins préoccupé.

C'est en France que cette idée a pris naissance à la fin du siècle dernier. Soumise aux délibérations du Conseil des Cinq-Cents, en l'an V de la République, elle ne fut repoussée par cette assemblée qu'à une faible majorité.

En l'an VII cependant, l'administration centrale du département de la Seine qui avait alors à sa tête le célèbre Frochot, prenait un arrêté pour *laisser aux citoyens la liberté d'inhumer les corps ou de les consumer par le feu dans certaines conditions*. Mais survint le 18 brumaire, et cet arrêté ne reçut jamais d'exécution. Napoléon s'occupa et occupa la France de toute autre chose. Le silence se fit autour de cette question, et il ne fut guère interrompu pendant près d'un demi siècle.

L'idée fut reprise pour la première fois en Allemagne. Le 29 novembre 1849, Jacob Grimm lut à l'académie des sciences de Berlin une communication qui fut publiée quelques années plus tard, et devint le point de départ d'une agitation qui a abouti à la consécration pratique du système. A la suite du congrès de Dresde, la ville de Gotha autorisa la crémation sur son territoire (1). Le 15 avril 1884 la « bourgeoisie » de

(1) Le 24 janvier 1879. Elle voyait la cinquième crémation (Revue générale d'administration 1879. I. p. 344).

Hambourg votait à une grande majorité, sur le rapport d'un de ses membres, le Docteur Gischen, une délibération tendant à faire autoriser chez elle la crémation. Elle priait le sénat de transformer en loi cette délibération (1).

L'Italie ne s'occupa de la question qu'en 1869, au congrès médical international de Florence. Le congrès de Rome, en 1871, en fit à son tour l'objet de ses études et émit un avis favorable à la crémation. On passa plus rapidement dans ce pays de la théorie à la pratique. Au mois d'avril 1873, pendant la discussion au sénat d'un nouveau code sanitaire, le professeur Maggiorani fit insérer (2) la faculté pour les familles, d'adopter la crémation, après l'autorisation préalable du conseil supérieur de santé, siégeant au ministère de l'intérieur. Dès l'année suivante on inaugurait ce système à Milan : les municipalités de Rome, Udine, Padoue, Crémone, etc. suivaient bientôt cet exemple.

L'agitation ne s'est propagée en Suisse qu'à partir de 1873. Des sociétés de crémation s'y sont formées et multipliées depuis cette époque, et en 1877, le conseil du gouvernement de Zurich a réglementé les conditions dans lesquelles la société du canton pourrait procéder à l'incinération des cadavres.

Ce sont les seuls pays de l'Europe où la crémation soit appliquée. Chez les autres nations comme l'Angleterre, l'Autriche, la Belgique et la Hollande, la question n'a pas encore dépassé le domaine des discussions théoriques.

L'Angleterre cependant se trouve dans une situation tout à fait spéciale. Une société s'y est formée en 1874 pour favoriser la crémation. Elle a fait construire un

(1) Revue générale d'administration 1884. II. 215.

(2) Art. 185. chap. I. tit. XI.

appareil, *crematorium*, à Wolking ; et en fait, l'administration anglaise tolère la crémation (1). Mais la question n'est point résolue législativement. Le Dr Cameron avait saisi la Chambre des Communes d'une proposition tendant à la réglementer ; le ministre a répondu que la crémation à ses yeux présentait bien des inconvénients, que si le gouvernement fermait les yeux sur cette pratique, il n'acceptait pas que la loi l'autorise en la réglementant. La proposition du Dr Cameron fut rejetée par 149 voix contre 79 (Séance du 30 avril 1884).

Où en est la question en France ? C'est au conseil municipal de Paris qu'elle est soulevée, et par ses soins qu'elle a été surtout étudiée.

Vers 1874, alors qu'il s'agissait de la création d'un nouveau cimetière à Méry-sur-Oise, plusieurs membres exprimèrent le regret de ne pas voir discuter la crémation, et partant, de ne pas la voir adopter. Le conseil répondit qu'il n'avait point à émettre sur ce point le vœu d'une réforme législative, « celle-ci n'étant pas réclamée par le sentiment public. » Il est revenu depuis peu à peu sur cette opinion, et le 7 août 1879, il décidait qu'un concours serait ouvert sur le meilleur mode de crémation. Cette délibération fut communiquée au ministre de l'Intérieur, qui répondit : « Dans mon opinion, le décret du » 23 prairial an XII, qui règle la matière, rapproché des » articles 77 du code civil et 358 du code pénal, ne pré- » voit, d'après ses dispositions sur la dimension et la » profondeur des fosses, que le mode d'inhumation actuel- » lement pratiqué, c'est-à-dire le dépôt des corps et leur » consomption dans la terre. D'un autre côté, ce décret

(1) Un père accusé d'avoir incinéré le cadavre de son enfant a été acquitté. Revue générale d'administration 1884. II. 217.

» ayant force de loi, une loi nouvelle serait nécessaire » pour en modifier les dispositions et permettre la mise » en pratique de la crémation, même à titre d'essai (1). »

Une proposition de loi pour rendre la crémation facultative, fut donc déposée par M. Casimir Périer ; renvoyée à la commission d'initiative parlementaire, elle y obtint un avis favorable et fut l'objet d'un rapport sommaire présenté par M. Gomot (2). Puis survint le renouvellement de la Chambre et la proposition ne fut pas reprise.

Mais la question se poursuivait toujours pendant ce temps au conseil municipal de Paris. Le 28 juillet 1885, ce dernier votait la construction, au cimetière de l'Est, d'un appareil crématoire pour les corps qui ont servi aux études anatomiques dans les amphithéâtres des hôpitaux.

L'administration s'est mise en devoir d'exécuter cette délibération, et le préfet de police s'y conformant, a modifié les prescriptions de l'ordonnance du 15 novembre 1834, en décidant que les débris d'hôpitaux, au lieu d'être inhumés, pourraient être incinérés dans l'appareil crématoire du cimetière de l'Est (3).

Bien plus, dans son assemblée générale du 16 Janvier 1886, la société française pour la propagation de la cré-

(1) Revue générale d'administration. 1880. II. 491.

(2) Off. Doc. parlem. des Députés. Proposition Casimir Périer, 1882. p. 2487, et Rapport sommaire de M. Gomot, 1883, p. 213.

(3) La crémation sera obtenue, non au moyen de l'appareil Siemens, usité en Allemagne, mais au moyen du système Gorini, (conformément aux conclusions de M. l'ingénieur Bartet, à la société d'hygiène. — Voir : Annales d'hygiène publique 1884. I. 411.). L'appareil Gorini est alimenté par des fagots de bois. La température ne s'y élève pas au dessus de 600 degrès, et la combustion du cadavre est obtenue en une heure ou deux. — A Milan et à Rome, la dépense par crémation est évaluée de 7 à 8 francs. On estime qu'à Paris elle ne dépassera pas 15 francs, y compris les frais de matériel et de personnel, ainsi que la petite urne destinée à recevoir les cendres au sortir du foyer.

mation a décidé qu'elle renonçait pour l'instant à solliciter du parlement une loi sur la crémation facultative. La crémation n'étant interdite par aucune loi, la société estime que l'autorité permettra d'effectuer des crémations dans les appareils que la ville de Paris érige au cimetière du Père Lachaise (1).

Nous ne croyons point cependant que cette dernière prétention puisse être admise. Le décret du 23 prairial an XII, en effet, décret organique et fondamental en ce qui concerne notre matière, ne prévoit d'autre mode de sépulture que l'inhumation. Il est vrai que si ce décret était seul, celui-ci n'étant qu'un acte du pouvoir exécutif, on pourrait peut-être soutenir qu'un autre décret pourrait le modifier ; qu'une loi ne serait point nécessaire. Mais nous nous trouvons en outre en présence d'autres textes : les articles 77 du code civil et 358 du code pénal. Ces articles, eux aussi, en parlent que d'inhumation. Les délits qu'ils prévoient, les formalités qu'ils exigent, ne seraient plus applicables à la crémation. Or ce sont là des textes législatifs, qu'une loi seule peut supprimer ou modifier (2).

On a présenté à cette manière de voir, plusieurs objections. — Aucune loi, a-t-on dit, ne prévoit l'embaumement ni l'autopsie ; ni le décret de prairial, ni les articles de nos codes n'en font mention. Et cependant personne ne

(1) Avant les élections législatives de 1885, la société pour la propagation de la crémation, présidée par M. A. Kœchlin, avait adressé aux électeurs de Paris et des départements, un appel les conviant à réclamer de leurs futurs députés la liberté de la crémation. (Journal *Le Soleil,* du 17 septembre 1885).

(2) C'est la décision du ministère de l'Intérieur que nous avons rapportée plus haut. — C'est aussi dans ce sens que l'administration belge, qui se trouve en présence des mêmes textes, a résolu la question. Revue générale d'administration. 1882, II, 356.

songe à en contester la légitimité ; pourquoi alors repousser la crémation ? La réponse est facile ; au moment du décret de l'an XII, quand on a réglementé l'inhumation, l'embaumement et l'autopsie étaient des opérations déjà usitées depuis longtemps et pratiquées assez souvent. Le décret ne parlait pas de ces opérations parce qu'elles n'empêchaient nullement l'observation des prescriptions qu'il émettait. Au contraire, en réglementant un mode unique et général de sépulture, on excluait par là même tout mode concurrent nouveau.

Quant à la question de savoir si une loi autorisant la crémation serait désirable et utile, c'est un sujet très contesté et fort différemment apprécié.

Les partisans de la crémation font surtout ressortir en faveur de leur thèse, le danger que présentent au point de vue de la santé publique, l'établissement actuel de nos cimetières. Ils infectent, dit-on, l'air que nous respirons, ils empoisonnent les sources qui nous fournissent nos eaux alimentaires. C'etait presque devenu une banalité dans les écrits consacrés à l'hygiène, de s'appesantir sur la nocuité des cimetières, et sur l'inconvénient de leur voisinage à ces deux points de vue.

Mais dans ces dernières années on s'est livré sur ce sujet à des études plus minutieuses et plus précises, et les conclusions auxquelles on a abouti, sont loin d'être aussi terribles qu'on voudrait le faire croire. Nous n'en voulons d'autre preuve que les conclusions auxquelles est arrivé le Dr Bouchardat, professeur d'hygiène à la faculté de médecine de Paris (1). « A part quelques faits » positifs, dit-il, les griefs opposés aux émanations des » cimetières me paraissent ou douteux, ou empreints

(1) Revue scientifique VII. p. 121. août 1874.

» d'une grande exagération..... Nous n'avons jamais » entendu dire que les conservateurs de cimetière mou- » raient plus tôt que le commun des hommes.

» Le conseil de salubrité, ajoute-t-il, reçut à plusieurs » reprises des déclarations écrites d'habitants des maisons » voisines du cimetière Montmartre; j'ai été envoyé pour » constater la véracité de ces plaintes, je n'ai pu percevoir, » d'accord en cela avec les surveillants des cimetières, » aucune odeur infecte, pas plus dans la fosse commune » que dans les autres parties du cimetière. En résumé, » conclut-il, ce que l'observation attentive des faits » démontre, c'est l'exagération de l'opinion commune, » qui attribue une nocuité certaine aux émanations des » cimetières. »

Mais reste le second reproche, l'empoisonnement des sources et l'altération des eaux potables. Si les cimetières étaient établis dans les conditions prescrites par le décret de prairial, c'est à dire à trente-cinq ou quarante mètres de l'enceinte des villes et bourgs, le danger dont on nous parle ne serait guère à craindre. Mais ces prescriptions sont un peu lettre morte dans beaucoup de localités, et notamment à Paris, elles ne sont point du tout observées. Il semble donc que là surtout, devrait se produire le danger qu'on évoque. Aussi cette question y a-t-elle été étudiée d'une façon toute spéciale. Elle a fait l'objet d'études trés approfondies du Docteur du Mesnil, de MM. Schutzemberger, Miquel et Carnot. Vérifications faites, ils ont presque réduit à néant la vieille thèse de l'insalubrité des cimetières. La commission d'assainissement des cimetières de Paris, nommée en 1879, s'appuyant sur leurs travaux, votait le 7 mars 1881 les conclusions suivantes, à savoir :

« 1° Que si dans le voisinage des anciens charniers, et surtout alors que les inhumations se faisaient dans les églises, on a pu observer des accidents résultant du dégagement des gaz, produits de la putréfaction, ces dangers sont devenus absolument illusoires aujourd'hui, où ils se répandent à l'air libre.

2° Que les gaz délétères ou gênants, produits de la décomposition des cadavres inhumés à 1^{m} 50, n'arrivent pas à la surface du sol.

3° Que dans l'espace de cinq ans, la presque totalité de la matière organique a disparu et a été brûlée, que par conséquent dans les conditions actuelles des inhumations, la terre des cimetières ne se sature pas, pourvu que le sol soit suffisamment perméable.

4° Que dans l'état présent de nos cimetières, il n'y a pas lieu de craindre l'infection des puits du voisinage alors que ces lieux d'inhumation sont à la distance réglementaire des habitations (1) ? »

Ces conclusions si nettes et si précises furent reprises dans le rapport présenté au conseil municipal de Paris par M. Georges Martin, au nom de la deuxième Commission, sur la question des cimetières (2). « Les travaux de la commission ont également fait disparaître la crainte de l'infection des eaux souterraines par les détritus provenant des cimetières. Il a été reconnu que les substances organiques ou ammoniacales, en filtrant au travers d'une couche de terre assez épaisse et assez aérée, sont entièrement oxydées et transformées en nitrates inoffensifs pour la santé publique. Il ne reste donc plus rien des assertions si généralement émises sur les dangers du voisinage

(1) Ann. d'hyg. publique 1884. I. 113.

(2) Rapport du 18 av. 1883.

des cimetières, au point de vue de la contamination du sol, de l'air et des eaux. »

Voilà donc refutés les principaux arguments sur lesquels se fondent les crémationistes pour faire aboutir leur réforme.

Il y a d'autre part à cette pratique de l'incinération deux graves objections. La première tirée des répugnances de l'Eglise Catholique pour ce mode de sépulture. De tout temps l'Eglise a enseveli ses morts en les confiant à la terre. Ce n'est pas cependant qu'il y ait là autre chose qu'une règle de discipline ecclésiastique. « L'incinération des cadavres, dit l'abbé Buccellati, professeur de Droit canonique à l'université de Pavie, ne constitue pas une pratique que l'on puisse dire hérétique ou entachée d'hérésie. » Mais l'Eglise se trouve en présence d'une pratique qu'elle a constamment suivie, en vue de laquelle elle a organisé son culte et ses cérémonies ; c'est donc un puissant motif pour elle de respecter et de conserver une tradition aussi ancienne. Sollicitée de faire connaître son opinion et de dire son avis, elle a formellement condamné la crémation, et défendu de s'affilier aux sociétés qui ont pour but d'en répandre et d'en propager l'usage. Elle a ainsi formulé très nettement la règle que les catholiques doivent suivre en pareille matière (1).

La seconde objection à la crémation est faite par la

(1) Décret du Saint Office, en date du 19 mai 1886.

Non pauci sacrorum Antistes cordatique Christifideles animadvertentes, ab hominibus vel dubiæ fidei, vel massonicæ sectæ addictis magno nisu hodie contendi ut ethnicorum usus de hominum cadaveribus comburendis instauretur, atque in hunc finem speciales etiam societates ab iisdem institui : veriti, ne eorum artibus et cavillationibus, fidelium mentes capiantur, et sensim in eis imminiatur existimatio et reverentia erga christianam constantem et solemnibus ritibus ab Ecclesia consecratam consuetudinem, fidelium corpora humandi : ut aliqua certa norma caveant; a Supremâ S. Rom. et Univ. Inquisitionis Congregatione declarari postularunt ;

médecine légale. Bien souvent, dit-on, la crémation fournira à des criminels une sécurité qu'ils ne rencontrent pas dans les procédés actuels de l'inhumation. Elle sera un obstacle aux investigations de la justice, à la recherche des crimes et spécialement des empoisonnements. Que de fois n'a-t-on pas dû ouvrir une tombe et faire l'autopsie d'un cadavre plusieurs jours après l'enterrement, pour y chercher les traces du poison? Et cependant, si le mort avait été brûlé, le parquet n'aurait pu faire la preuve du crime. L'incinération, en effet, fait disparaître toute trace des poisons végétaux, c'est-à-dire des poisons les plus répandus. Elle détruit par conséquent les vestiges du crime, et assure l'impunité au coupable.

Cette objection, comme on le voit, est d'une haute gravité. Les diverses solutions émises pour l'écarter sont très nombreuses. Les uns, comme les Drs Gratiolet et Lemaire ont proposé une combinaison de l'inhumation et de la crémation. Les corps, inhumés comme aujourd'hui, seraient au bout de cinq ans, retirés de leurs tombes pour être livrés aux flammes.

Sir Henri Thompson voudrait que l'on conservât dans

1° An licitum sit nomen dare societatibus, quibus propositum est promovere usum comburendi hominum cadavera?

2° An licitum sit mandare, ut sua aliorumve cadavera comburantur?

Eminentissimi ac Reverendissimi Patres Cardinales in rebus fidei generales inquisitores, supra scriptis dubiis, serio ac mature perpensis præhabitoque DD. consultorum voto respondendum censuerunt :

Ad 1m Negative, et si agatur de societatibus massonicæ sectæ, incurri pœnas contra hanc latas.

Ad 2m Negative.

Factaque de his Sanctissimo Domino Nostro Leoni Papæ XIII relatione, Sanctitas Sua resolutiones Eminentissimorum Patrum adprobavit et confirmavit, ut opportune instruendos curet christifideles circa detestabilem abusum humana corpora cremandi, utque ab eo gregem sibi concreditum totis viribus deterreant. — Jos. Mancini, S. Rom. et Univers. Inquis. Notarius.

des bocaux spéciaux, une partie de l'estomac et des intestins, de manière à pouvoir toujours, à un moment donné, procéder à une analyse chimique.

Mais ces divers moyens plus ou moins bizarres, n'ont recueilli que peu d'adhérents.

Il en est un beaucoup plus sérieux et plus énergique, c'est l'autopsie. Avant d'être livré aux appareils crématoires, chaque corps serait soumis à une autopsie rigoureuse et précise.

Rien de plus simple tant que la crémation sera une opération rare, pratiquée sur un très petit nombre de cadavres. Mais supposons qu'elle vienne à se généraliser, que sans même devenir général, l'usage en arrive à s'étendre, on aperçoit immédiatement tous les inconvénients du procédé. Le personnel le plus considérable ne suffirait plus à répondre aux exigences du service.

Au surplus, ce moyen est-il suffisant? Laissons ici la parole aux hommes compétents : « Si certains poisons déterminent des lésoins organiques dont l'autopsie peut constater l'existence, dit le Dr L. Henrys (1), il en est d'autres, et de nombreux dont l'action malfaisante ne laisse pas de trace ou seulement des traces insuffisantes dans les organes. A quoi peut servir l'autopsie anatomique pour constater un empoisonnement à l'aide de ces composés terribles dont une minime quantité donne la mort? » Ce n'est que par un examen attentif et dirigé spécialement dans ce but que l'on arrive à les découvrir.

On répond que les poisons qui auront servi à perpétrer le crime pourront être retrouvés dans les cendres. — Mais l'argument ne porte point pour toutes les substances toxiques d'origine organique, ni pour le phosphore et le

(1) Revue de Louvain. 1875. p. 570.

sublime corrosif. Il n'est vrai que pour les poisons à base métallique comme les sels de plomb, de cuivre, etc. Mais, comme le faisaient remarquer les membres de la commission d'hygiène (1) qui le 4 mars 1886 présentaient leur rapport au conseil municipal de Paris, « il est bien » évident que les intéressés auraient toujours la ressource » de disperser ces cendres ou de les remplacer par » d'autres ; de sorte que dans le second cas (pour les » poisons à base métallique) les traces du crime seraient » aussi faciles à faire disparaître que dans le premier. » Le rapport de cette commission concluait ainsi : « par » suite, les criminels pourraient trouver dans la crémation » une sécurité qu'ils ne rencontrent pas dans les procédés » actuels d'inhumation, et qu'il importe de ne pas leur » assurer, car elle serait pour les populations une source » de dangers plus grave que l'insalubrité reprochée aux » cimetières. »

Nous devons dire cependant, qne la Chambre des députés a passé outre, à ces considérations. Elle a admis sur la proposition de M. Blatin, lors de la deuxième délibération de la loi relative à la liberté des funérailles, un amendement autorisant la pratique de la crémation. « Tout majeur ou mineur émancipé, en état de tester, peut, dit l'amendement, déterminer librement le mode de sa sépulture, opter pour l'inhumation ou l'incinération » (2).

(1) La commission se composait de MM. Baude, Boussingault, Bouchardat et Troost.

(2) Séance du 30 mars 1886. — Journal officiel. — Débats de la Chambre. p. 607 et suivantes.

DEUXIÈME PARTIE

Des Exhumations

Nous disions dans notre première partie que l'inhumation dans tel ou tel lieu pouvait n'être que provisoire. Il y a en effet un certain nombre d'hypothèses, où l'on retire le cadavre de l'endroit où il avait été tout d'abord enseveli.

Cela se fait soit sur la demande de la famille, soit en vertu d'une décision administrative, soit d'après l'ordre de la justice.

Nous devons examiner successivement ces trois hypothèses. Elle feront l'objet de trois paragraphes. Nous verrons dans un quatrième et dernier paragraphe les formalités qui doivent en règle générale accompagner les exhumations.

§ I. — *Exhumation demandée par la famille.*

Pour des raisons d'ordre très varié, la famille peut, après avoir fait inhumer un de ses membres dans tel ou tel endroit, demander à transporter ailleurs sa dépouille mortelle.

Un point bien certain, et qui est fixé par le décret de

prairial an XII, c'est que ce sont « *les autorités locales* qui sont chargées de maintenir l'exécution des lois et règlements qui prohibent les exhumations non autorisées. » Cela rentre dans les pouvoirs de police qui leur sont accordés, et que nous étudierons dans notre troisième partie.

Mais ce que la loi ne nous indique pas, ce sur quoi elle est muette, c'est sur le point de savoir à qui il appartient d'accorder les autorisations nécessaires pour les exhumations.

La question a été réglée par des circulaires ou des instructions ministérielles ; et comme cela rentre assez bien dans l'esprit général de la législation, on a laissé l'autorité en cette matière, aux administrations locales. L'autorisation doit être demandée à Paris, au préfet de police, et dans les départements aux maires (1).

Mais quels sont les pouvoirs du maire ? Peut-il, d'une façon absolue et discrétionnaire, accorder ou refuser l'autorisation qui lui est demandée ? Ses décisions ne sont-elles point susceptibles d'être réformées par ses supérieurs hiérarchiques ? Ne sont-elles point susceptibles d'un recours devant le conseil d'état ?

Nous réservons l'examen de toutes ces questions pour notre troisième partie, où elles se représenteront et se trouveront plus à leur place, quand nous étudierons d'une façon plus générale le droit de police qui appartient aux administrations municipales sur les lieux de sépulture.

Nous démontrerons que le droit de police qui est accordé au maire n'est pas, ne peut pas être exempt de tout contrôle ; que non-seulement, il y a lieu de faire ici l'application de l'article 85 de la nouvelle loi municipale, qui

(1) Circulaire du 29 février 1856.

autorise l'intervention des supérieurs hiérarchiques du maire, mais que de plus ses actes sont susceptibles d'être déférés au conseil d'état pour excès de pouvoir.

§ 2. — *Exhumation par décision administrative.*

L'administration peut d'office, sans attendre la demande des familles, requérir une exhumation et y faire procéder. Elle le peut dans plusieurs hypothèses :

1° Quand le corps a été inhumé dans un endroit non consacré aux sépultures, en dehors du champ commun. Nous verrons que le fait d'inhumer une personne dans une propriété privée, en dehors du cimetière communal, sans en avoir obtenu préalablement l'autorisation, constitue une contravention, punie, à défaut d'autre texte, par l'article 471 § 15 du code pénal.

Mais la question s'est élevée de savoir si les tribunaux à qui ce fait était déféré, et qui prononçaient la peine de l'art. 471 c. p., pouvaient à cette première sanction en ajouter une autre; s'ils pouvaient, à titre de réparation civile, par application de l'art. 161 du code d'instruction criminelle, ordonner aux frais des contrevenants l'exhumation et la translation du cercueil dans le cimetière à l'endroit où il aurait dû être déposé.

Cette question s'est présentée deux fois devant la cour de cassation, et les deux fois, celle-ci l'a résolue dans le sens de la négative (1); elle a décidé que l'autorité municipale qui avait la police et la surveillance des lieux de sépulture était seule compétente à l'effet d'ordonner une exhumation.

Cette solution, qui n'avait été jusqu'ici sérieusement

(1) Arrêts du 21 avril 1835, et du 10 octobre 1856—D. P. 56. I. 431.

contestée par personne, vient d'avoir été dernièrement l'objet d'attaques les plus vives et les plus justes, de la part de M. Ducrocq, l'éminent professeur de la Faculté de Paris (1).

Le dernier arrêt de la cour de cassation est du 10 Octobre 1856. Il écarte en notre matière l'application de l'art. 161 pour deux motifs. Il porte d'abord, « qu'en » ce qui concerne les entreprises légalement prohibées » par les règlements de police, cette disposition (art. 161. » C. d'Instr. Cr.) ne régit que les contraventions préjudi- » ciables à l'intérêt général, et spécialement celles qui » retardent l'élargissement de la voie publique, celles qui » l'embarrassent, la dégradent ou la détériorent de n'im- » porte quelle manière. »

Il ajoute en second lieu « que l'autorité judiciaire, si » elle étendait l'art. 161 du C. d'Instr. Crim. à l'inexécution » des décisions que le décret précité (23 prairial an XII) » autorise, violerait le principe constitutionnel de la » séparation des pouvoirs établi par la loi des 16-24 » août 1790. »

Ces motifs sont-ils concluants ? — Pour ce qui est du premier, tout d'abord, comment douter que les pouvoirs dont les maires sont investis en matière de sépulture ne soient fondés au premier chef sur l'intérêt général ? Comment admettre que les contraventions aux arrêtés municipaux sur ces matières, ne soient des contraventions préjudiciables à cet intérêt général ? « L'intérêt général, » dit M. Ducrocq, revêt les formes et les aspects les » plus divers. Il est aussi varié que les besoins sociaux. » Les contraventions à la police de la voirie relevées » dans l'arrêt de 1856 sont préjudiciables à une forme

(1) D. P. 1884. 2. 185. note § 3.

» de l'intérêt général, mais les contraventions à la police » des sépultures, sont préjudiciables à une autre forme » de l'intérêt général. Il est autre. Peut-on dire qu'il » soit moindre ? » D'ailleurs, l'arrêt de 1835 que nous citions tout à l'heure, ne fait aucune difficulté pour reconnaître cette vérité, puisqu'il qualifie lui-même les mesures dont nous nous occupons, de *mesures que l'intérêt général peut réclamer*.

Le second motif invoqué par l'arrêt de 1856, quoique plus spécieux, n'est guère mieux fondé. Sans doute, il est vrai de dire qu'ordinairement il n'appartient qu'à l'autorité administrative de permettre une exhumation. Mais quoique générale, cette règle n'est pas absolue. Il est des cas en effet, où cette mesure peut être ordonnée, nous le verrons tout-à-l'heure, par l'autorité judiciaire ; notamment les besoins d'une instruction criminelle peuvent la rendre nécessaire. Le principe de la séparation des autorités ne s'en trouve point pour cela ébranlé.

Pourquoi en serait-il autrement quand il s'agit d'appliquer l'article 161 du code d'instruction criminelle ? Le transport du corps, ordonné par le tribunal de simple police qui condamne le contrevenant pour avoir fait une inhumation ailleurs que dans le cimetière, ne saurait être plus contraire au principe de la séparation des pouvoirs que l'exhumation ordonnée par l'officier de police judiciaire dans le cours d'une instruction criminelle. L'autorité judiciaire ne ferait en définitive que l'application des actes de l'autorité administrative, en leur donnant leur plus efficace sanction.

Ce ne serait pas d'ailleurs le seul cas où elle a à le faire, et où elle le fait réellement sans que l'on ait songé à lui contester ce droit. Ainsi, de nombreux arrêts de juris-

prudence décident que les contrevenants aux arrêtés d'alignement, aux règlements municipaux de la voirie, doivent être condamnés non seulement à l'amende, mais à la démolition des ouvrages irrégulièrement faits, (Cass. 21 juillet 1838 — 20 septembre 1845 — 12 septembre 1846 — 20 décembre 1851, etc.) que l'individu condamné pour avoir déposé des matériaux sur la voie publique, doit être condamné non seulement à payer une amende, mais encore, à peine de nullité, à les enlever (17 juin 1858) (1). Et cependant, la police de la voie publique, les alignements, etc., rentrent dans les pouvoirs de l'autorité administrative.

Si dans toutes ces hypothèses, le principe de la séparation des autorités ne fait pas obstacle à l'intervention de l'autorité judiciaire, pourquoi en serait-il autrement quand il s'agit pour le tribunal d'ordonner la translation d'un corps d'un endroit dans un autre ?

L'article 161 ne fait aucune distinction ; il serait difficile à la jurisprudence d'en établir qui ne soient arbitraires : *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*.

2° En second lieu, étant donné même que l'inhumation ait été opérée dans le cimetière communal, il peut se faire que l'on n'y ait point observé les prescriptions et les mesures édictées par les règlements. — Par exemple, que l'on n'ait point donné à la fosse la profondeur prescrite, ou que l'on n'ait point laissé entre chaque tombe les espaces voulus etc... — Dans tous ces cas, l'autorité locale peut encore ordonner de son propre mouvement, que les choses soient régulièrement faites ; elle trouve dans les art. 15, 16 et suivants, du décret de prairial, des pouvoirs suffisants pour prescrire l'exhumation.

(1) D. P. 58, 5, 384.

3° Enfin quand la salubrité publique exige un déplacement des corps enterrés dans un cimetière, quand en d'autres termes, la translation de ce cimetière est devenue nécessaire, il appartient à l'administration et à elle seule, de prendre une décision ordonnant par mesure générale, l'exhumation et le transport des corps dans le nouveau cimetière. Si urgente, si indispensable que puisse être une pareille mesure, nulle juridiction de l'ordre judiciaire ne pourrait aujourd'hui rendre un arrêt semblable à celui du parlement de Paris du 25 mai 1765, ordonnant la fermeture du cimetière des Innocents.

§ 3. *Exhumation par autorité de justice.*

Nous disions au début de cette seconde partie, qu'en règle générale, l'exhumation était un acte rentrant dans les mesures de police confiées à l'autorité locale, et que par conséquent, cette opération ne pouvait jamais avoir lieu sans la permission de cette autorité.

Nous avons déjà vu dans le paragraphe précédent, une exception à cette règle, nous devons en ajouter une seconde.

En effet, pour les nécessités d'une instruction criminelle, on peut avoir besoin de vérifier les causes de la mort d'un individu qu'on croit décédé de mort violente. L'intérêt même de la société, la nécessité qu'il y a de se servir de tous les moyens possibles pour arriver à la découverte des crimes, exigeaient que l'autorité judiciaire pût elle même, quand elle le jugerait nécessaire prescrire une exhumation. Aucune difficulté sur ce point.

Mais qui peut l'ordonner ? La réponse à cette question nous semble toute simple. C'est une mesure d'instruction,

par conséquent elle est à la discrétion du magistrat qui est chargé de rassembler et de recueillir les preuves du fait qu'on l'a chargé d'instruire.

Peu importe d'ailleurs l'époque à laquelle remonte l'inhumation, car on peut toujours espérer que l'examen du cadavre fournira encore des renseignements utiles si la mort a eu lieu par l'effet de manœuvres criminelles (1).

§ 4. *Formalités relatives aux exhumations.*

Aucune loi ni ordonnance n'a réglé la forme de la demande d'autorisation, ni les mesures à prendre. Mais le décret de prairial, en soumettant « *à l'autorité, police et surveillance des administrations municipales, les lieux de sépulture* » et en chargeant celles-ci « *de maintenir l'exécution des lois et règlements qui prohibent les exhumations non autorisées,* » leur a implicitement donné le droit de prescrire les mesures nécessaires. Ces mesures sont fixées à Paris, par une ordonnance de police du 1er février 1817. La loi n'ayant rien prescrit à l'égard des départements, cette ordonnance leur est ordinairement appliquée.

D'après les dispositions de cette ordonnance, la demande doit être faite par le plus proche parent du défunt, ou par un fondé de pouvoir. L'autorisation une fois obtenue,

(1) MM. Briand et Chaudé (traité de médecine légale p. 385) nous en citent un exemple frappant. On exhuma, disent-ils, au mois d'août 1833, le cadavre de la femme Houet que ses assassins avaient inhumé onze ans auparavant. Il était presque réduit entièrement à l'état de squelette, et néanmoins les 3e, 4e et 5e vertèbres cervicales étaient encore entourés d'une masse noirâtre formée aux dépens des parties molles de cette région. Cette masse elle-même était encore entourée de la corde qui avait servi à opérer la strangulation. Non-seulement son acquit la preuve du crime, mais la longueur et la couleur de cheveux, l'état des tempes, une bague trouvée à un doigt ne laissèrent aucun doute sur l'identité de la victime.

ou s'il n'y a pas d'autorisation à demander, l'ordre étant donné par l'administration ou le magistrat instructeur, un commissaire de police est désigné pour assister à l'exhumation, accompagné d'un homme de l'art. Il doit dresser un procès-verbal constatant l'accomplissement de toutes les formalités.

Quand l'exhumation et la réinhumation se font dans le même cimetière, il n'est dressé qu'un seul procès-verbal. Mais si le nouveau lieu de sépulture est situé dans une autre commune, c'est le commissaire de police de cette commune, ou l'officier qui le remplace, qui doit assister à l'inhumation, et en dresser procès-verbal.

L'exhumation sans autorisation constituerait le délit de violation de sépulture, nous le verrons plus loin. Mais une fois l'autorisation obtenue, le fait de n'avoir point observé les formalités prescrites, ne constitue plus qu'une contravention à un arrêté municipal. Il trouve, par conséquent, sa sanction dans l'article 471 § 15 du c. p. Ainsi la cour de cassation a décidé par un arrêt du 4 décembre 1847 (1), que le fait d'avoir procédé à une exhumation en dehors de la présence du commissaire de police, alors même que le clergé et la famille y assistaient, constituait une contravention et tombait par suite sous le coup de l'article 471 § 15.

(1) D. 1848. 5. 332.

TROISIÈME PARTIE

Des Cimetières et autres lieux de sépulture

En France, on fut longtemps sans avoir en cette matière une législation ferme et positive. Sous l'ancienne monarchie, la prédominance exclusive du culte catholique devait conduire à l'observation complète des règles du droit canonique. L'autorité ecclésiastique avait une part d'autant plus large dans l'administration et la surveillance des lieux d'inhumation, que le sol des églises elles-mêmes recevait des sépultures et que les cimetières étaient en général situés dans leur voisinage immédiat.

Ceux-ci étaient bénis et consacrés avec les solennités prescrites pour servir à la sépulture des fidèles. Dès lors, ils devenaient *terre sainte;* les catholiques seuls pouvaient y être inhumés. C'est à ce fait qu'il faut attribuer une coutume, que l'on constate d'une façon générale dans les centres protestants de tous les départements de l'ouest, où presque toutes les propriétés appartenant à des familles protestantes possèdent leur cimetière entouré de bois. « L'origine de cet usage, dit M. Ducrocq, n'est pas » douteux, il vient des sépultures au désert, du temps » des persécutions; avec cette différence qu'aucun signe

» extérieur ne révélait jadis, au milieu des champs l'exis-
» tence de ces tombeaux, lorsqu'ils n'étaient pas cachés
» dans les maisons » (1).

L'autorité des ministres du culte catholique pour être grande, n'était cependant pas absolue. Les monuments de notre ancienne législation témoignent en maints endroits que le pouvoir royal ne se désintéressait pas complètement de ces questions. L'édit de Nantes notamment, ordonna que les cimetières appartenant aux protestants leur seraient rendus, et qu'il leur serait accordé dans les lieux où ils n'en avaient pas, une place la plus commode qu'il se pourra (articles 18 et 19) — Par un autre édit (mai 1775), le roi se réservait le droit d'autoriser l'ouverture des cimetières, etc.

De leur côté, les parlements, en vertu du droit de police qu'ils s'étaient attribué et qu'ils étaient toujours prêts à mettre en œuvre, émettaient soit d'office, soit sur la provocation des Evêques, des prescriptions réglementaires. Mais ces règlements ne pouvaient être en tous cas que des règlements particuliers et absolument locaux.

Enfin en troisième lieu, dans chaque paroisse, la surveillance et l'administration des sépultures étaient exercées à la fois par le curé d'une part, les baillis et les échevins, représentant l'autorité civile, d'autre part.

Tout cela n'était pas, on le conçoit aisément, de nature à donner une législation bien ferme et bien homogène.

Le droit révolutionnaire s'occupa peu ou point de la matière. Ce fut seulement le décret du 23 prairial an XII qui vint rassembler et coordonner les anciennes dispo-

(1) De la variété des usages funéraires dans l'ouest de la France. (Mémoire lu le 18 avril 1884 à la Sorbonne). Revue générale du Droit, 1884, p. 197.

sitions législatives qui pouvaient être compatibles avec le nouvel ordre de choses. — Qu'on y ajoute le décret du 7 mars 1808, l'ordonnance du 6 décembre 1843 et la loi du 14 novembre 1881, et l'on aura l'ensemble des textes qui nous régissent aujourd'hui sur cette question des sépultures, et que nous avons à examiner maintenant. Nous diviserons notre troisième partie en six chapitres.

Nous verrons dans le premier les questions relatives aux sépultures particulières. Puis nous aborderons l'étude des cimetières publics. Après avoir vu ce qui concerne leur établissement (chap. II), — nous rechercherons à qui enappartient la propriété (chap. III), — puis, qui doit en recueillir les produits (chap. IV). — Dans le chapitre V, nous étudierons spécialement le droit de police et de surveillance qui appartient à l'administration, sur les lieux employés aux inhumations. — Enfin, nous consacrerons le VI[e] et dernier chapitre à l'examen du délit de violation de sépulture.

CHAPITRE 1er

Des sépultures particulières

Le principe est, avons-nous dit, que toute personne peut se faire inhumer où elle le désire, sauf les restrictions que l'ordre public et la salubrité générale peuvent rendre nécessaires.

L'article 14 du décret de prairial est une application de ce principe : « Toute personne pourra être enterrée sur sa » propriété, pourvu que cette propriété soit hors et à la » distance prescrite de l'enceinte des villes et bourgs ». Il semblerait, à la lecture de cet article, qu'une autorisation préalable n'est pas nécessaire de la part de l'administration ; qu'il faut, mais qu'il suffit que la propriété dans laquelle on veut se faire inhumer se trouve à la distance prescrite par les règlements. L'article 14 semble en effet, consacrer un droit pour les particuliers ; or, qu'est-ce qu'un droit qui ne peut s'exercer sans la permission de l'autorité ?

Cette manière de voir a été soutenue par un grand nombre d'auteurs. Elle est enseignée par MM. Vuillefroy et Monnier (1), Foucart (2), et Champagny (3).

La jurisprudence de la cour de cassation a néanmoins

(1) Principes d'administration. p. 14.

(2) Elem. de Dr. Adm. 4e édit. III. nº 1808.

(3) Traité de la police municipale. II. p. 584.

toujours repoussé cette interprétation de l'article 14. Elle a admis, et elle prétend encore, que la faculté accordée par cet article était subordonnée à l'autorisation du maire, qui reste libre de la concéder ou de la refuser. C'est qu'en effet, dit la Cour suprême, l'article 14 pour être sainement interprêté, doit être combiné avec l'article 16 du même décret, qui décide que « *les lieux de sépulture, soit qu'ils appartiennent aux communes, soit qu'ils appartiennent aux particuliers seront soumis à l'autorité, police et surveillance des administrations municipales.* »

Comme le faisait remarquer M. le procureur général Dupin, « ce n'est pas seulement à la police et à la surveillance des administrations municipales, que les lieux de sépulture sont soumis, c'est encore *à leur autorité.* » Or, cette autorité implique nécessairement le droit d'interdire toute inhumation particulière, dans tout autre lieu que dans le cimetière commun.

En vain invoquerait-on qu'il suffit à l'autorité d'intervenir en cas d'inconvénients, pour réprimer les abus..... « Lorsqu'il s'agit de mesures de salubrité, ajoutait M. Dupin, il est du devoir de l'autorité d'empêcher le mal qu'elle est souvent impuissante à réprimer, et il faut bien le reconnaître, c'est surtout en ces matières qu'il vaut mieux prévenir le mal que d'avoir à le réparer. *Melius est intactam causam servare, quam post vulneratam remedium quœrere.* »

La cour de cassation adopta complètement en 1838 les conclusions de son procureur général (1). Elle a maintenu sa jurisprudence par deux arrêts l'un du 11 juillet 1856 (2) et l'autre du 10 octobre de la même année.

(1) Crim. 14 av. 1838 — S. 38. 1. 449.

(2) D. P. 63. 5. 344.

Une autorisation préalable est donc toujours nécessaire. L'inhumation en propriété privée faite sans cette autorisation est une infraction à la loi.

Quelle sanction lui appliquer ? L'article 358 c. p. ne saurait intervenir ici, car il ne s'applique qu'à l'inhumation faite sans permis (1). On ne saurait en matière pénale procéder par voie d'analogie.

Faut-il conclure à l'absence de toute sanction? Evidemment non, car en l'absence de textes spéciaux édictant une peine plus sévère, il reste l'article 471. § 15 C. P. dont la disposition générale, nous l'avons déjà constaté, constitue la sanction commune de tous les actes réglementaires de l'autorité. L'inhumation en propriété privée sans autorisation constitue donc une contravention ; elle est passible d'une amende de 1 à 5 francs.

Peu importerait d'ailleurs que le maire ait ou non pris au préalable un arrêté pour interdire les inhumations en dehors du cimetière commun. Nous ne saurions adopter ici la manière de voir, admise à la date du 11 septembre 1881 par le tribunal de Marennes (2). Il décide, en effet, qu'il faut un arrêté du maire pour empêcher les inhumations de ce genre, qu'à défaut de cet arrêté une simple défense verbale ne saurait suffire, et que celui qui contreviendrait à cette simple défense n'encourrait aucune peine. Nous n'admettons pas cette théorie, car l'art. 16 du décret de prairial est une disposition réglementaire générale. Elle n'a pas besoin pour que sa transgression entraîne une sanction pénale d'être rappelée par des règlements municipaux et spéciaux.

Ce n'est point à dire cependant, que cette sanction soit

(1) D. P. 56. 1. 431.
(2) D. P. 84. 2. 185.

partout rigoureusement appliquée. Les mœurs, les usages, dans certaines contrées, ont été plus forts et plus puissants que la loi elle-même. En Poitou, par exemple, l'autorisation préalable exigée par la jurisprudence, n'est jamais demandée. Faut-il faire un reproche aux administrations municipales de la façon plus ou moins libérale dont elles interprètent le décret de prairial? M. Ducrocq ne le pense pas (1). C'est aux autorités locales à juger, suivant les lieux et les circonstances, de la façon dont elles peuvent user de leurs prérogatives. « Serait-il téméraire » de penser, ajoute l'éminent auteur, que l'un des motifs » qui ont fait confier la police, la surveillance et l'autorité » sur les lieux de sépulture aux administrations municipales, est qu'elles sont placées non seulement plus près, » mais mieux aussi généralement que l'administration » supérieure pour apprécier ces convenances et ces milieux? Ces convenances changent en effet avec les » souvenirs, les traditions locales, l'histoire de chaque » région, les sentiments, le génie des populations et le » progrès des idées, qui, malgré la marche en avant de » l'humanité ne vont point et ne peuvent point aller partout du même pas. »

A part ces exceptions tout à fait locales et spéciales à certaines contrées, on peut dire qu'en général ni l'administration, ni la jurisprudence ne sont favorables à la fondation des sépultures privées. Il n'est point, sûr en effet, que ce soit un meilleur moyen de protéger les tombeaux. « Au » milieu des champs, les murs des cimetières de famille » s'écroulent, les héritiers ne les relèvent pas toujours.., » et sauf quelques exceptions, la charrue passe plus vite

(1) De la variété des usages funéraires dans l'ouest de la France, sous l'empire du décret du 23 prairial, an XII, sur les sépultures.

» sur ces terrains et sur ces tombes, qu'elle n'eût fait dans » le cimetière communal. » — D'autre part, au point de vue économique et purement matériel, ces sépultures isolées présentent un inconvénient très réel. Elles se trouvent éparses dans un grand nombre de pièces de terre et présentent ainsi plus d'un obstacle à la culture. Mais en outre, leur présence immobilise presque complètement la propriété et empêchent les mutations. « Des aliénations se produisent cependant, parfois le lieu de sépulture est excepté de la vente, puis la famille du vendeur s'éloigne ou s'éteint, et ces parcelles infinitésimales, restent abandonnées au milieu d'autres propriétés. Souvent aussi il n'est pas facile de faire cette réserve ; parfois une clause du contrat impose à l'acquéreur l'obligation de conserver les sépultures. Avec ou sans clause de conservation, ces actes peuvent donner lieu à des difficultés et des procès (1). »

Aussi comprend-on la tendance des tribunaux à restreindre autant que possible une pareille pratique (2).

Cette tendance s'est manifestée à propos de l'interprétation de l'article 14 du décret de prairial. Que fallait-il entendre aux termes de cet article par l'expression « *propriété privée* » ?

Si l'on s'en tenait judaïquement à la lettre de l'article, la réponse serait simple. Tout individu, sans qu'il soit besoin de rechercher l'étendue de sa propriété, la date ou le motif de son acquisition, peut invoquer le bénéfice de l'article 14 du décret. Du moment qu'il est propriétaire, il peut être enterré sur cette propriété, peu importe

(1) Ducrocq. Mémoire déjà cité.

(2) M. le Play est d'ailleurs le seul auteur à notre connaissance, qui regrette que cette coutume de la sépulture privée, prenne un caractère de plus en plus exceptionnel. Réforme Sociale. 6e édition. II. p. 29.

même qu'il ne s'agisse que d'une propriété indivise et collective.

Cette prétention, plusieurs fois soutenue devant les tribunaux, a toujours été repoussée par eux. Le Conseil d'Etat, par un arrêt du 27 décembre 1860 (1), a rejeté le recours formé pour excès de pouvoir contre un arrêté du préfet de l'Oise, ayant refusé de contraindre une administration municipale à accorder une autorisation pour la fondation d'une sépulture privée. Un sieur Masson avait dans l'espèce acquis du sieur Pillon, curé de la commune de Saint-Crespin, moyennant vingt-quatre francs, un terrain de vingt-quatre mètres carrés pour y établir une sépulture de famille. « Dans ces circonstances, conclut l'arrêt, le sieur Masson n'était pas fondé à soutenir qu'il se trouvait dans les conditions prévues par l'article 14 du décret précité »

La cour de cassation a aussi maintes fois décidé que l'emplacement de plusieurs mètres de terrain acquis par un individu pour s'y faire inhumer, « n'est pas, dans le sens de l'article 14, la propriété privée où cet article veut que toute personne puisse se faire enterrer » (2). C'eût été en effet évidemment exagérer la pensée du législateur, que de décider qu'il y avait là une propriété suffisante, présentant les conditions de l'article 14. Car, ce que le législateur a voulu, c'est qu'en principe et pour les raisons que nous avons développées plus haut, toutes les inhumations se fassent dans le cimetière communal et public. Or, il eût été par trop facile de tourner la loi, si l'on eût permis d'acheter des terrains d'une petite étendue, isolés dans la campagne, ou même à côté du

(1) D. P. 1861. 3. 9.
(2) S. 1840. 1. 684.

cimetière commun, uniquement pour y fonder une sépulture privée.

Ce qu'il faut, c'est un domaine d'une certaine étendue, dont le de cujus était propriétaire, et dans lequel il s'est réservé une place pour s'y faire inhumer.

Ce n'est pas cependant, comme on l'a voulu soutenir, que l'article 14 ne permette la sépulture dans une propriété, que d'une seule personne. Cette interprétation serait trop restrictive. Elle serait contraire à ce sentiment si naturel et si fréquent qui porte les membres d'une même famille, soit à rapprocher leurs tombes sur le même point du cimetière communal, soit à se grouper dans une même propriété privée. Un individu peut très bien, aux termes de l'article 14, établir un lieu de sépulture pour lui et pour ses ascendants ou descendants en ligne directe. Ces groupements constituent ce que dans certaines parties de la France, notamment dans l'Ouest, on a appelé des *cimetières de famille*. Mais en tous cas, alors même qu'il existe de ces cimetières de famille, cela n'empêche pas qu'ils restent toujours sépultures privées, et que par conséquent une autorisation soit nécessaire chaque fois qu'il s'agit d'y procéder à une inhumation.

Le maire ne pourrait l'accorder une fois pour toutes par voie d'autorisation générale.

La question s'est présentée surtout pour les congrégations religieuses. Le Conseil d'Etat avait d'abord été d'avis que les établissements *autorisés* pouvaient ouvrir un cimetière particulier moyennant l'autorisation du gouvernement (1). Depuis il a décidé que la création de cimetières spéciaux dans les communautés religieuses

(1) Vuillefroy et Monnier, Principes d'administration, p. 63.

était contraire au décret du 23 prairial. L'administration a adopté cette interprétation.

Toutefois une décision ministérielle du 1er octobre 1851, reconnaît aux maires le droit de permettre, sur une demande présentée à chaque décès, l'inhumation individuelle des religieux ou religieuses, dans un même terrain situé hors et à la distance égale de l'enceinte de la commune. — Mais remarquons-le bien, cette autorisation rentre dans les pouvoirs de police de l'administration municipale. Celle-ci peut donc l'accorder ou la refuser.

A cette première restriction apportée par la jurisprudence à la liberté des particuliers, il faut en ajouter une seconde, celle-ci, formellement inscrite dans la loi.

« Aucune inhumation n'aura lieu dans les églises, » temples, synagogues, hôpitaux, chapelles publiques, et » généralement dans aucun des édifices clos et fermés où » les citoyens se réunissent pour la célébration de leur » culte (article 1er du décret du 23 prairial). » Cette disposition éminemment sage et utile, n'était que la reproduction de la déclaration du 10 mars 1776, qui avait interdit toute inhumation dans les églises du royaume.

Il s'était en effet glissé, pendant les XVIIe et XVIIIe siècles, de nombreux abus dans la pratique des enterrements. L'honneur de la sépulture dans l'intérieur des temples, qui n'avait été primitivement accordé qu'aux corps des martyrs, fut bientôt par l'Eglise étendu à ses dignitaires, puis aux laïques qui s'étaient fait remarquer par leur piété, leur charité et leurs largesses. On finit même par ne plus exiger d'autre condition que celle de pouvoir payer assez cher cette faveur, très recherchée d'ailleurs.

Cette accumulation de cadavres dans les souterrains des églises n'était pas sans danger pour la santé publique.

Des plaintes nombreuses s'élevèrent de tous côtés. Elles devaient produire leur effet. Dès 1775, dans une ordonnance du 23 mars, autorisée par un arrêt du parlement du 31 mars suivant, l'archevêque de Toulouse défendait d'une façon absolue de faire aucune inhumation dans les églises de son diocèse. La plupart des dispositions de cette ordonnance furent reprises dans la déclaration du 10 mars 1776 et étendues à toute la France.

Toutefois moins radicale que l'ordonnance épiscopale, cette déclaration faisait exception « pour les archevêques » et évêques dans leurs cathédrales, les curés dans les » églises de leurs paroisses, les patrons des églises et » haut-justiciers dans l'église dont ils sont patrons ou » sur laquelle la haute justice leur appartient, les fonda- » teurs des chapelles dans les chapelles par eux fondées, » et à eux appartenantes. » (article 2).

Ces diverses prescriptions furent peu ou point observées. Le décret du 23 prairial an XII crut bon de les renouveler, et reprit le système de la prohibition absolue de toute inhumation dans les églises.

Il a cependant, depuis ce temps, été apporté plus d'une dérogation à cette défense. « A toute époque, disait » le ministre des cultes, dans ses observations sur un pour- » voi au Conseil d'Etat (1), le gouvernement a dérogé à » l'article premier pour l'inhumation, non-seulement de » tous les évêques sans exception, mais encore d'un » grand nombre de particuliers. On a retrouvé dans les » archives de mon administration, quatre-vingt-dix-huit » décisions de ce genre, qui datent de tous les régimes, et » ce relevé est évidemment incomplet. »

On a contesté au gouvernement le droit d'accorder ces

(1) Le Bon Rec. des arrêts du conseil 1873, p. 730.

autorisations. L'article premier dudécret de Prairial An XII, a-t-on dit, est une disposition ayant réellement le caractère législatif. Une loi seule peut le modifier. Il ne peut appartenir au chef de l'état, au pouvoir exécutif d'y déroger par des autorisations individuelles, sans qu'il y ait de sa part un excès de pouvoir.

Cette théorie ne saurait en vérité être admise.

On pourrait dire tout d'abord, que l'acte par lequel le chef du pouvoir exécutif accorde l'autorisation d'inhumer dans une église, est un acte de gouvernement, qu'il échappe ainsi aux recours ouverts contre les actes administratifs.

Mais laissant de côté cet argument, peut-on prétendre que l'acte dont il s'agit constitue un excès de pouvoir ? Le décret du 23 prairial a été pris certainement dans les limites du pouvoir réglementaire qui appartient à la puissance exécutive, au chef de l'état. Or, il est reconnu que celui-ci peut modifier ou révoquer les dispositions réglementaires qu'il a prises. La jurisprudence de la cour de cassation a, il est vrai, déclaré que les décrets émanés de Napoléon Ier avaient force de loi, s'ils n'avaient pas été déclarés inconstitutionnels, et que conséquemment, ils ne pouvaient être modifiés que par une loi. Mais il est évident que cela ne peut s'entendre que des décrets portant sur des matières qui auraient dû être réglées par le pouvoir législatif. — Quant aux actes qui rentrent dans le domaine du pouvoir exécutif, ils ont conservé leur caractère propre ; ils ont pu et pourraient encore être modifiés par des décrets. « On ne peut évidemment conclure de la jurisprudence de la cour de cassation, disait M. Dupin, (1) que les décrets soient devenus des lois, et qu'une loi soit

(1) D. 1835. 1. 510.

nécessaire pour les modifier même dans leurs dispositions réglementaires. »

On ne saurait donc refuser au pouvoir exécutif, le droit d'accorder des autorisations pour faire des inhumations dans les églises (1). Ce droit a d'ailleurs été confirmé par l'article 34 du décret du 3 février 1851, concernant les Evêques des colonies. L'autorisation pour l'inhumation dans les églises, y est accordée par une décision expresse du gouverneur.

(1) La prescription de l'art. 1er du décret de prairial an XII, n'a pas été observée partout avec la même rigueur. Dans l'Est, et notamment dans le département du Doubs, cette disposition a été très souvent transgressée. Une circulaire du préfet de ce département, en 1879, a appelé sur ce point l'attention des maires, et les a priés de veiller à l'exacte application de la loi. (Revue générale d'administration. 1879. III. 370.)

CHAPITRE II

Des Cimetières publics.

Il résulte de ce que nous venons de voir, qu'en définitive, la sépulture particulière dans une propiété privée, ne constitue qu'une exception. En règle générale, l'inhumation doit se faire dans le champ commun, dans des terrains spécialement destinés à cet effet dans chaque commune (article 2 du décret de prairial).

Le décret du 23 prairial an XII, consacre une grande partie de ses dispositions, à la réglementation des cimetières publics ; nous allons en étudier l'économie dans les trois paragraphes qui feront l'objet de ce chapitre.

§ I. *De l'Emplacement des Cimetières.*

A. *Du choix du terrain.* — L'article 1er du décret, après avoir défendu les inhumations dans les églises, temples, synagogues, hôpitaux, chapelles publiques, etc., ajoutait qu'elles ne pourraient non plus avoir lieu *dans l'enceinte des villes et bourgs.*

Il y avait loin toutefois du principe à son application. Assez rapidement exécuté dans les villes et les grands centres où le besoin s'en faisait plus vivement sentir, le décret ne le fut que petit à petit dans les communes de moindre importance.

D'autre part, un doute s'était élevé sur l'interprétation à donner aux articles 1 et 2. Ils ne parlaient en effet, que des *villes et bourgs.* L'article 2 prescrivait spécialement

l'établissement des nouveaux cimetières, à trente-cinq ou quarante mètres de leur *enceinte*. Or ces expressions paraissaient, d'après certains auteurs, ne pouvoir se rapporter qu'à une agglomération urbaine. De là la question de savoir si le décret était obligatoire pour toutes les communes rurales sans exception.

En 1841 le ministre de l'intérieur demanda sur ce point l'avis des conseils généraux, qui presque tous répondirent que le décret de prairial devait être appliqué sans restrictions (1).

Sur ces avis intervint l'ordonnance de 1843, qui rendit en effet applicables à toutes les communes du royaume, les dispositions des titres 1 et 2 du décret du 23 prairial an XII.

Mais, pas plus que le décret de prairial, l'ordonnance de 1843 ne fixait un délai dans lequel ses prescriptions devraient être nécessairement appliquées. Aussi, aujourd'hui encore bien souvent, le cimetière se trouve autour de l'église, au centre même du village et des habitations. Néanmoins, au fur et à mesure que l'urgence s'en fait sentir, et que leurs ressources le leur permettent, les communes se conforment aux dispositions du décret et de l'ordonnance.

Les articles suivants du décret, s'occupent des conditions que doivent remplir les nouveaux terrains choisis pour servir de lieux de sépulture. Nous n'avons rien de mieux à faire qu'à les parcourir en les commentant.

« Il y aura, dit l'article 2, hors de chacune des villes » ou bourgs, à la distance de trente-cinq à quarante

(1) Quelques uns cependant, furent d'avis de ne l'appliquer qu'aux communes d'une certaine importance. Ils variaient entre quatre mille et trois cents âmes.

» mètres au moins de leur enceinte, des terrains spécia-
» lement consacrés à l'inhumation des morts. »

Il ressort de ce texte, qu'en principe chaque commune doit avoir son cimetière spécial, sur son propre territoire. Seulement, cette prescription n'est point absolue. D'une part, on tolère très souvent la réunion de plusieurs communes pour établir un cimetière unique. D'autre part, une municipalité peut être autorisée à établir son cimetière, sur le territoire d'un bourg ou village voisin. Il est des cas en effet, où cela peut être absolument nécessaire et indispensable. Ainsi d'abord, il y a des villes dont la circonscription communale ne renferme pas de territoire rural, et dans lesquelles par conséquent les cimetières ne pourraient être établis à la distance voulue, s'il était interdit de les placer sur le territoire d'une autre commune. Il peut arriver d'ailleurs, que soit à cause de l'humidité du sol, soit pour d'autres motifs, une commune même assez étendue ne trouve pas dans son enceinte, un terrain propre aux inhumations. C'est à l'administration, et à l'administration seule, à apprécier les circonstances dans lesquelles il peut y avoir lieu d'accorder cette autorisation ; son appréciation est souveraine ; elle ne saurait être arguée d'excès de pouvoir. (Décisions du Conseil d'Etat, du 29 mai 1867 ; — du 4 décembre 1874) (1). Mais dans cette hypothèse, il est nécessaire de consulter le conseil municipal de la commune où doit être créé le cimetière, et d'ouvrir une enquête dans cette localité. Il faut en effet que les intéressés soient mis en mesure de faire parvenir leurs plaintes, et de faire valoir leurs réclamations.

Hors ces cas, qui sont exceptionnels, chaque commune

(1) D. P. 68. 3. 8. — Id. 75. 3. 85.

a sur son territoire son cimetière, destiné à l'inhumation de ses habitants. « *A la distance de trente-cinq à quarante mètres au moins de leur enceinte,* » dit l'article 2 du décret de prairial.

L'interprétation de cette disposition a soulevé une controverse.

Que fallait-il entendre par « *enceinte* » de la commune, aux termes de cet article? Quand il s'agit d'une ville ou d'un bourg entourés d'une clôture, mur ou fossé, il ne saurait y avoir de difficulté. — Mais ces localités sont relativement en petit nombre. On se trouve la plupart du temps en présence de villes ouvertes, et alors, on ne sait pas au juste où commence la ville, où elle finit; rien ne peut déterminer où se trouve l'enceinte. Comment dans ce cas calculer la distance des trente-cinq ou quarante mètres?

La jurisprudence a décidé que pour les villes et communes ouvertes, on ne tiendrait compte que de la masse des habitations agglomérées, et que l'extrémité des agglomérations servirait à marquer le point de départ de la distance de trente-cinq à quarante mètres. Il n'est point nécessaire de tenir compte des maisons isolées qui peuvent se trouver répandues dans la campagne. C'est dans ce sens que sont les décisions du Conseil d'Etat du 19 janvier 1856 (D. P. 56. 3. 34.); du 7 janvier 1869 (D. P. 70. 3. 6.); du 23 décembre 1881 (D. P. 83. 3. 38.) Il eût été en effet, bien souvent impossible de trouver un terrain remplissant les conditions voulues, si la présence d'une seule habitation dans un rayon de trente-cinq mètres, avait dû empêcher l'établissement du cimetière.

On a eu ensuite à se demander si la distance légale se calculerait à partir des maisons elles-mêmes ou à partir

des clôtures des jardins ou autres dépendances. La question était, comme on le voit, assez délicate. La jurisprudence y a répondu par une distinction parfaitement rationelle, et qui rentre bien, à notre avis, dans l'esprit des prescriptions de la loi.

S'agit-il d'un jardin de dimensions assez restreintes, ou de dépendances qui peuvent être considérées comme faisant corps avec l'habitation elle-même? Les prohibitions de l'ordonnance et du décret s'y appliquent; la distance doit être mesurée à partir des clôtures de ces jardins ou de ces dépendances. — S'agit-il au contraire d'un parc d'une grande étendue, d'un enclos en partie affecté à une exploitation agricole? On ne saurait plus alors les considérer comme de simples accessoires de l'habitation ; partant, l'article 2 du décret du 23 prairial an XII, ne leur est pas applicable. Rien n'empêcherait par conséquent l'administration d'autoriser l'établissement de cimetières, même contigus à de pareils enclos ; par un arrêt assez récent (13 avril 1881), le Conseil d'Etat a confirmé sa manière de voir, et l'on peut dire qu'il est définitivement fixé en ce sens (1).

Cette distinction disions-nous, est conforme à l'esprit qui a présidé aux prescriptions de la loi. En effet, les motifs d'hygiène et de salubrité qui ont amené l'éloignement des sépultures loin des habitations et de l'enceinte des villes, s'ils ont toute leur force dans la première hypothèse, ne sauraient plus exister dans la seconde.

Seulement, il faut bien le reconnaître, s'il est des cas où la distinction s'impose, il en est d'autres aussi, et

(1) D. P. 82. 3. 84. — Voir aussi Conseil d'Etat, 4 avril 1861. D. P. 62 3. 31. — 28 mai 1866. D. P. 67. 3. 39. — 4 août 1870. D. P. 72. 3. 12. — 2 juillet 1875. D. P. 76. 3. 30.

de nombreux, où elle devient assez difficile à faire. Il n'y a en effet aucun criterium pour dire si tel ou tel jardin, tel ou tel enclos, est ou non l'acccessoire de l'habitation. Force nous est donc, faute de pouvoir donner une règle fixe, d'accorder à l'administration, pour les cas douteux, un certain pouvoir d'appréciation. Ce sera à elle d'examiner les motifs et les réclamations des particuliers et de voir si l'hygiène et la salubrité publiques dont elle est la gardienne, lui prescrivent d'en tenir compte.

L'article 3 du décret, donne quelques indications pour guider l'autorité administrative, dans le choix qu'elle doit faire du terrain. « Les terrains les plus élevés et » exposés au Nord, seront choisis de préférence ; ils » seront clos de murs de trois mètres au moins d'élé- » vation. On y fera des plantations, en prenant des pré- » cautions convenables, pour ne point gêner la circulation » de l'air. »

Toutefois, ce n'est point là une règle absolue ; c'est plutôt un conseil qu'un ordre donné à l'administration. Celle-ci peut facilement y déroger en présence d'obstacles provenant de la disposition des localités, et choisir un emplacement situé dans des conditions différentes. Sa détermination ne serait point sous ce rapport, susceptible d'être l'objet d'un recours au contentieux.

Enfin l'article 6 contient une dernière disposition relative aux lieux de sépulture. « Pour éviter le danger » qu'entraîne le renouvellement trop rapproché des » fosses, l'ouverture des fosses pour de nouvelles sépul- » tures n'aura lieu que de cinq années en cinq années ; » en conséquence, les terrains destinés à former des lieux » de sépulture, seront cinq fois plus étendus que l'espace

» nécessaire pour y déposer le nombre présumé des morts » qui peuvent y être enterrés chaque année. »

Ainsi, l'opération nécessaire pour connaître l'étendue que doit mesurer un cimetière, est excessivement simple. Il suffit de savoir, quel espace demandent les sépultures pendant un an, (1) et de le multiplier par cinq. — Mais ce n'est là, on le comprend, que l'étendue minimum. Et en effet, outre les concessions temporaires et perpétuelles qu'il pourra y avoir lieu d'accorder, il faut prévoir les périodes d'épidémie où le nombre des morts pourrait être beaucoup plus considérable qu'en temps ordinaire. Il est donc utile, pour ne pas dire indispensable, que l'étendue du terrain soit plus grande que celle indiquée par l'article 6.

Voilà l'ensemble des conditions que doit remplir le terrain sur lequel va se porter le choix de l'autorité, pour remplacer l'ancien cimetière.

B. *Formalités à remplir.* — Mais une pareille opération ne se fait pas sans qu'il y ait un certain nombre de formalités à remplir.

L'ordonnance du 6 décembre 1843, dans son article 2, indique le mode d'action de l'autorité préfectorale, et nous donne la marche à suivre.

Remarquons tout d'abord, une dérogation aux règles

(1) Cet espace est facilement calculé d'après le nombre des morts de la commune. Les articles 4 et 5 du décret de l'an XII, fixent en effet la dimension des fosses, et l'intervalle à observer entre chacune d'elles.

Article 4. — Chaque inhumation aura lieu dans une fosse séparée, chaque fosse qui sera ouverte, aura un mètre cinq décimètres à trois mètres de profondeur, sur huit décimètres de largeur, et sera ensuite remplie de terre bien foulée.

Article 5. — Les fosses seront distantes les unes des autres, de trois à cinq décimètres, de la tête aux pieds.

ordinaires de la gestion des deniers communaux. En ce qui concerne les acquisitions qui intéressent la commune, la loi laisse le plus souvent l'initiative aux conseils municipaux ; elle ne réserve à l'administration supérieure, que le droit de refuser l'approbation dont leurs délibérations ont besoin, ou d'en suspendre l'exécution (article 68, loi du 5 avril 1884). Ici, au contraire, à défaut du conseil municipal, le préfet peut prescrire d'office la translation du cimetière, et l'acquisition d'un nouvel emplacement. Toutefois le conseil municipal doit toujours être entendu.

Mais deux hypothèses bien distinctes peuvent se présenter. Ou bien il y a accord entre la commune et l'autorité préfectorale, ou bien au contraire, le conseil municipal et le préfet sont d'avis différent.

Les formes à suivre dans ces deux hypothèses ne sont pas tout-à-fait les mêmes. Dans le premier cas, s'il y a accord entre les deux administrations, voici comment les choses se passent. Le conseil municipal émet un avis concernant la translation, et le préfet, sur cet avis, prend un arrêté pour l'ordonner.

L'ancien cimetière étant dès lors supprimé, il s'agit d'établir le nouveau et de désigner son emplacement.

Avant toute décision, une formalité préliminaire est indispensable et obligatoire. On doit procéder à une enquête *de commodo et incommodo*, portant uniquement sur le choix du terrain. Cette enquête est d'autant plus nécessaire, que l'établissement d'un cimetière a pour effet de grever les propriétés avoisinantes de servitudes assez onéreuses (nous les examinerons plus loin). Il importe donc que les propriétaires intéressés, soient mis en état de faire valoir et apprécier leurs griefs. Cette formalité accomplie, le conseil municipal ayant en main tous les

éléments, se décide en connaissance de cause, et donne son avis sur le choix du terrain qui lui paraît propre à l'usage qu'on veut en faire,

Cet avis est transmis au préfet; seulement, il ne le lie pas. Car c'est à ce dernier qu'appartient de décider souverainement quel sera l'emplacement du nouveau cimetière.

Mais, avons-nous dit, l'autorité préfectorale peut être en désaccord avec l'administration municipale, sur l'opportunité de la translation.

Notons en passant, qu'il n'arrivera que très rarement pour ne pas dire jamais, qu'une commune demandant la translation de son cimetière, le préfet lui refuse cette autorisation. L'administration supérieure en effet, interprétant et la lettre et l'esprit du décret de l'an XII et de l'ordonnance de 1843, a toujours été favorable à l'établissement des nouveaux cimetières en dehors des villes et bourgs. En sorte que pour envisager une hypothèse réellement pratique, il faut supposer le cas d'un conseil municipal, jugeant inutile ou même défavorable à ses intérêts, la translation du cimetière communal, et d'un préfet regardant au contraire cette translation comme nécessaire et intéressant l'hygiène et la salubrité publiques.

Remarquons tout d'abord, que l'assentiment préalable de la commune n'est pas nécessaire à la réalisation de l'opération. L'art. 2 de l'ordonnance de 1843 est formel: « La translation du cimetière, lorsqu'elle deviendra néces- « saire, sera ordonnée par un arrêté du préfet. ». C'est donc un acte du ressort de l'autorité préfectorale. Seulement, cette divergence de vues entre les deux administrations quand elle se produit, nécessite un examen plus attentif et plus approfondi de la question. De là l'intervention d'une nouvelle formalité. La circulaire

ministérielle de 1843, (1) prévoit l'hypothèse. La nécessité de la translation doit être alors établie, dit-elle « par un » rapport circonstancié d'hommes de l'art, qui devront » constater les dangers ou les inconvénients résultant » soit de la situation topographique, soit de l'insuffisance » d'étendue, soit de la nature du sol du cimetière ou de » toute autre cause. » C'est sur ce rapport, après que le conseil municipal en aura délibéré, que le préfet prendra un arrêté pour déclarer s'il y a lieu de supprimer l'ancien cimetière.

Pour les autres formalités à remplir, nous n'avons qu'à nous en référer à ce que nous avons déjà dit relativement à la première hypothèse. Par conséquent, après ce premier arrêté du préfet, — enquête *de commodo et incommodo* au sujet de l'emplacement du nouveau cimetière, — nouvel avis du conseil municipal — et enfin second arrêté du préfet.

Mais cet arrêté est-il définitif? N'a-t-on aucun moyen de le faire réformer ? Le préfet qui, ayant accompli les formalités exigées par la loi, prend une décision, ne fait qu'user des pouvoirs qui lui sont conférés par le législateur (article 2 de l'ordonnance de 1843). En conséquence, cette décision n'est susceptible d'aucun recours (arrêt du conseil d'état du 13 septembre 1878) (2).— Mais si au contraire, les formalités n'avaient pas été observées, il y aurait évidemment un recours pour excès de pouvoir devant le conseil d'état. La translation d'un cimetière est une mesure trop grave à tous les points de vue, pour que les communes et les particuliers puissent être privés d'une seule des garanties que la loi leur donne. — Serait encore suscep-

(1) Elle est reproduite dans Dalloz. J. G. culte. n° 790. n. 2.

(2) D. P. 1879. 3. 35.

tible d'un recours pour excès de pouvoir, l'arrêté du préfet qui aurait choisi un terrain ne remplissant pas les conditions indiquées par les articles 2, 3 et 6 du décret de prairial, c'est-à-dire, un terrain qui ne serait pas à la distance de trente-cinq à quarante mètres des habitations, ou qui n'aurait pas une étendue suffisante. Il y aurait en effet dans ces cas violation de la loi, partant recours au conseil d'état.

Mais qui pourrait exercer ce recours? Pour certaines personnes, cela ne fait aucun doute. Ainsi le maire pourrait agir au nom de la commune. D'autre part, il va sans dire que celui qui aurait un intérêt personnel engagé dans la question aurait également qualité. Tel serait par exemple le propriétaire du terrain nouvellement choisi. Il a un intérêt évident, incontestable à conserver son propre terrain.

Mais la question s'est posée de savoir si tous les habitants d'une commune, en tant qu'habitants de cette commune et en cette qualité seulement, pouvaient *en leur nom personnel* exercer ce recours.

Sans doute, en vertu de l'article 123 de la nouvelle loi municipale du 5 avril 1884 (ancien article 49 § 3 de la loi du 18 juillet 1837), « tout contribuable inscrit au » rôle de la commune, a le droit d'exercer, à ses frais et » risques, avec l'autorisation du conseil de préfecture, les » actions qu'il croit appartenir à la commune ou section » de commune et que celle-ci, préalablement appelée à » en délibérer, a refusé ou négligé d'exercer. » Mais dans ce cas le contribuable exerce un droit qu'il croit appartenir à la commune, il n'agit point en vertu d'un droit qui lui serait propre.

Pourrait-il, en dehors de cet article 123 de la loi

de 1884, et par conséquent sans remplir les formalités qu'il impose, pourrait-il prétendre que l'arrêté pris par le préfet l'a été en violation de la loi, et pour ce, le déférer au conseil d'état en l'arguant d'excès de pouvoir ?

La doctrine et la jurisprudence sont d'accord aujourd'hui pour refuser aux particuliers le droit d'exercer des actions qui ne les intéresseraient qu'en tant que membres de la communauté municipale ou départementale. C'est ainsi que l'a encore jugé le conseil d'état par un arrêt du 16 février 1878 (1). Il a décidé que des particuliers étaient sans qualité pour demander l'annulation d'un arrêté préfectoral qui avait nommé un instituteur sans observer les formalités prescrites à cet effet.

Cependant, dans l'hypothèse que nous examinons, dans le cas d'une translation de cimetière irrégulièrement ordonnée par le préfet, la jurisprudence du conseil d'état admet le pourvoi intenté en leur nom personnel par les habitants de la commune. Nous avons sur ce point spécial un arrêt de 1856 (2). Il a été confirmé par une décision plus récente du 13 septembre 1878 (3). Est-ce à dire qu'il y ait contradiction entre ces arrêts et celui que nous avons cité tout à l'heure? Nous ne le croyons pas. Dans les espèces prévues par les arrêts cités dans Dalloz 1878. 3. 66, les requérants ne pouvaient exciper d'aucun intérêt propre et personnel. Il n'en est plus de même dans notre hypothèse. Les habitants d'une commune ont en effet un intérêt moral, il est vrai, mais direct et personnel à ce que les lieux de sépulture, où reposent les corps de leurs proches ne soient pas illégalement déplacés. Il est facile dès

(1) D. P. 78. 3. 66 et les arrêts cités en note.
(2) D. P. 56. 3. 43.
(3) D. P. 79. 3. 35.

lors de comprendre pourquoi en cas d'irrégularités on les autorise directement à en déférer devant le conseil d'état.

Un arrêt du 12 Juillet 1860 (1) a néanmoins déclaré non recevable l'intervention de particuliers qui se plaignaient que le préfet eût autorisé l'agrandissement d'un cimetière situé à moins de trente-cinq mètres de l'enceinte de la commune. Cette décision ne nous paraît guère conforme aux principes généraux du droit. Car dans l'espèce, outre l'intérêt moral que nous invoquions tout à l'heure, les requérants avaient un intérêt d'un ordre matériel en jeu, puisqu'ils étaient les propriétaires des terrains illégalement désignés pour l'emplacement du nouveau cimetière. Comment dès lors leur refuser le droit d'action directe? Aussi hâtons-nous, de l'ajouter, cette décision est restée complètement isolée.

Les arrêtés qui ont ordonné la translation de l'ancien cimetière, et désigné l'emplacement du nouveau, sont, supposons-le, régulièrement pris. — Un nouvel incident peut se présenter; le propriétaire du terrain qui aura été choisi, refuse de céder son bien à la commune, il n'accepte pas les offres qu'on lui fait pour l'acquérir. Il y aura lieu alors à expropriation pour cause d'utilité publique. « Nul » doute, dit la circulaire ministérielle du 30 décembre » 1843, que l'établissement des cimetières ne puisse » donner lieu à l'application de la loi du 3 mai 1841. » Toutefois, l'expropriation est une mesure à laquelle on ne doit recourir qu'autant qu'il serait absolument impossible de trouver à acheter amiablement dans la commune, aucun autre terrain propre aux inhumations. Par conséquent, avant de procèder par voie d'expropriation, il faudra, pour prouver cette impossibilité, produire à

(1) D. P. 62. 3. 1.

l'appui du procès-verbal d'enquête, dressé dans les formes prescrites par l'ordonnance du 28 août 1835 (1), un certificat du maire et du commissaire enquêteur, attestant qu'il n'existe sur la commune aucun autre emplacement également convenable, et dont le propriétaire consentirait à faire aimablement la cession. Nous n'avons pas à entrer dans plus de détails sur cette matière qui ne rentre pas d'ailleurs dans notre sujet.

Qu'il nous suffise de dire que l'expropriation pour cause d'utilité publique comprend plusieurs opérations distinctes. Les particuliers ne sauraient être dépossédés de leur propriété, s'ils n'y consentent à l'amiable, sans l'accomplissement de toutes ces opérations. Si en fait, il y avait eu prise de possession par la commune d'un terrain, pour l'affecter aux inhumations, le propriétaire lésé pourrait évidemment se plaindre du préjudice qui lui serait causé, et en demander réparation. Le tribunal civil seul aurait qualité pour statuer sur la quotité de l'indemnité qu'il y a lieu de lui accorder. Il est en effet essentiellement compétent pour statuer sur les questions intéressant la propriété immobilière (Paris 24 février 1874) (2).

Mais l'on s'est demandé, si l'autorité administrative pouvait, en attendant l'accomplissement des formalités de l'expropriation, ordonner à titre provisoire, la translation d'un cimetière dans une propriété privée.

Des lois spéciales, on le sait, confèrent à l'administration le droit d'occuper temporairement les terrains des particuliers, dans certains cas déterminés. On s'est demandé

(1) Ordonnance portant que les enquêtes qui doivent précéder les entreprises de travaux publics, seront soumises aux formalités y déterminées, pour les travaux d'intérêt purement communal.

(2) D. P. 74. 2. 204.

si l'on pouvait faire l'application de ces lois, au cas d'occupation d'un terrain destiné aux inhumations. Nous ne saurions que difficilement l'accepter. L'établissement d'une sépulture est un fait ordinairement définitif. L'exhumation est une mesure exceptionnelle, à laquelle l'administration peut toujours s'opposer ; et le respect dû aux morts ne permet pas d'admettre que le préfet, en autorisant d'enterrer dans une propriété les personnes décédées dans une commune, ait entendu réserver au propriétaire le droit de faire enlever tous les corps, dans le cas où l'expropriation ne serait pas prononcée (Conseil d'état 3 janvier 1873) (1).

Mais en tous cas, en admettant même que ce droit d'occupation temporaire pût être invoqué dans notre hypothèse, l'administration n'aurait pas le droit de masquer une expropriation sous l'apparence d'une occupation temporaire qui se prolongerait indéfiniment, et d'échapper ainsi à la nécessité de faire régler par le jury, l'indemnité due au propriétaire dépossédé. Celui-ci aurait le pouvoir de déférer au conseil de préfecture, sauf son recours au conseil d'état, la question de savoir si l'occupation est régulière et si elle ne constitue pas une expropriation déguisée.

Ici se place l'examen d'une dernière question. Que vont devenir les anciens cimetières abandonnés par suite de translation ? Les articles 8 et 9 du décret de prairial an XII nous donnent la réponse. Article 8. « Aussitôt que les nouveaux emplacements seront dispo-» sés à recevoir les inhumations, les cimetières existants » seront fermés et resteront dans l'état où ils se trouve-

(1) D. P. 1873. 3.60.

» ront sans que l'on puisse en faire usage pendant cinq » ans. »

Article 9. « A partir de cette époque, les terrains » servant maintenant de cimetières pourront être affermés » par les communes auxquelles ils appartiennent ; mais » à la condition qu'ils ne seront qu'ensemencés ou plantés, » sans qu'il puisse y être fait aucune fouille ou fondation » pour des constructions de bâtiment, jusqu'à ce qu'il en » soit autrement ordonné ».

Le respect dû aux restes des morts, suffit à lui seul à expliquer ces dispositions. Il en résulte donc que pendant un premier délai, le cimetière ne peut être employé à aucun usage. Le législateur a fixé ce délai à cinq ans. Cette fixation n'est nullement arbitraire, elle correspond précisément au délai fixé par l'article 6 du décret de prairial pour l'ouverture des fosses et le renouvellement des sépultures de droit commun.

Après ces cinq premières années, on peut se servir du cimetière, mais seulement pour l'ensemencer, y faire des plantations etc. Quant à y faire des fouilles ou des constructions, il faut auparavant obtenir une autorisation de l'administration.

Après quel laps de temps cette autorisation peut-elle être accordée ? La loi ne le dit pas d'une façon précise. Elle contient seulement ces mots : « jusqu'à ce qu'il en » soit autrement ordonné ». Ces expressions semblent laisser à l'administration le soin de déterminer suivant les cas particuliers, le moment où les terrains peuvent, sans inconvénient pour la décence et la salubrité publiques, rentrer dans le commerce. Elle pourrait donc, en s'inspirant des circonstances, exiger un temps plus ou moins long. En général cependant elle n'exige qu'un

nouvel espace de cinq ans, à partir de l'expiration du premier délai. De sorte qu'en définitive, un cimetière abandonné ne rentre ordinairement dans le droit commun que dix années à partir des dernières inhumations (1).

Avant cette époque, il n'est jamais permis d'élever des constructions, même en offrant d'exhumer et de transporter dans le nouveau cimetière les restes des décédés qui reposent dans le cimetière supprimé (2). Mais cette condition serait sans doute imposée lors d'une autorisation donnée après le délai de dix ans ; on prescrirait de soustraire aux profanations les débris que les fouilles pourraient faire découvrir.

Quant à savoir ce que vont devenir les concessions accordées dans l'ancien cimetière, nous nous en occuperons plus loin dans notre troisième paragraphe.

§ 2. — *Agrandissement des Cimetières.*

Tout ce que nous avons dit jusqu'ici relativement à l'établissement des nouveaux cimetières, s'applique aussi à leur agrandissement. La question reste absolument la même. — Ainsi, il ne saurait être permis d'agrandir un cimetière qui se trouverait à l'intérieur d'une ville, ou bien seulement à une distance inférieure à trente-cinq mètres à partir des habitations.

Il importerait peu d'ailleurs, que la portion du terrain qu'on veut adjoindre au cimetière, fût à la distance voulue, si celui-ci ne s'y trouvait pas lui-même. Vainement prétendrait-on que l'on reste dans les termes, et que l'on observe l'esprit des prescriptions de l'ordon-

(1) Bulletin minist. intér. 1861. p. 76.

(2) Bulletin minist. intér. 1859. p. 261.

nance et du décret ; que cette nouvelle parcelle constitue en définitive un nouveau cimetière, et qu'il suffit qu'elle seule remplisse les conditions exigées. Admettre une pareille interprétation, c'eût été évidemment donner aux municipalités un moyen trop facile de tourner la loi et d'en ajourner indéfiniment l'application. Aussi la jurisprudence a-t-elle constamment décidé que l'on ne pouvait autoriser une commune à agrandir son cimetière, qu'autant que celui-ci se trouverait régulièrement situé et établi.

Il va sans dire d'autre part, qu'il ne saurait non plus être permis d'agrandir un cimetière régulièrement installé, si cet agrandissement devait le placer à moins de trente-cinq à quarante mètres des habitations.

En ce qui concerne la question de savoir comment doit se compter cette distance, qui peut se plaindre d'un agrandissement illégalement autorisé, nous n'avons qu'à nous reporter à ce que nous avons dit plus haut au sujet de la translation elle-même.

§ 3. — *Des servitudes qu'entraîne le voisinage des cimetières*

Incidemment nous avons dit que le voisinage des cimetières entraînait pour les propriétés environnantes un certain nombre d'inconvénients, et nous trouvions qu'ils présentent toujours un tel caractère de gravité, qu'il fallait, avant de fixer le choix d'un terrain devant servir à des inhumations, procéder à une enquête *de commodo et incommodo*.

Il est temps maintenant de rechercher au juste quels sont ces inconvénients, de déterminer en quoi ils consistent, et quelle est leur nature.

Aux termes du décret de prairial, les cimetières devaient être transportés en dehors des villes, à une distance d'au moins trente-cinq ou quarante mètres des habitations.

Mais le décret n'avait point déterminé à quelle distance les nouvelles habitations pourraient à l'avenir être élevées. Il semblait bien résulter de l'esprit qui avait présidé à ses dispositions qu'aucune construction ne devait être faite dans un rayon de trente-cinq à quarante mètres ; il n'y avait toutefois rien de certain ni d'explicite.

Le décret du 7 mars 1808 vint combler cette lacune. Il interdit dans son article premier « d'élever sans auto-» risation aucune habitation à moins de cent mètres des » nouveaux cimetières transférés hors des communes (1). » Les bâtiments existants ne pourront être ni augmentés » ni restaurés sans autorisation. »

Rapprochée de l'article 2 du décret de prairial an XII, cette disposition semble un peu en contradiction avec lui. En effet, tandis que le décret de l'an XII n'exige la translation d'un cimetière qu'à trente-cinq ou quarante mètres des habitations, il résulterait de l'article 1er du décret 1808, que dans une ville qui aurait transféré son cimetière à quarante mètres de ses murs, les propriétés situées intra-muros demeureraient soumises à la servitude sur une étendue de soixante mètres à partir d'une première zone de trente-cinq à quarante mètres.

A ne considérer que les termes de la loi, cette conséquence est nécessaire et indiscutable. C'est ainsi que le conseil d'état a interprété le décret de 1808. Il a décidé que toutes les propriétés situées dans un rayon de cent mètres, dans tous les sens autour des cimetières, sont

(1) Il résulte de ces mots « les nouveaux cimetières transférés hors des communes » que les défenses faites par le décret ne s'appliquent pas aux anciens cimetières qui n'ont pas été transférés.

soumises aux presciptions du décret de 1808 (Avis du conseil d'état du 28 décembre 1840).

Mais si telle est la décision théorique, s'il est incontestable que le second décret ayant force de loi ne peut être abrogé ni modifié que par une disposition législative, la solution pratique est moins stricte et moins rigoureuse. Dans l'usage, on suit l'avis émis par le ministre de l'intérieur dans son ordonnance du 30 décembre 1843, et on décide que lorsqu'une commune a transporté son cimetière à trente-cinq ou quarante mètres de son enceinte aucune servitude ne peut plus frapperles propriétés situées dans cette enceinte. C'est seulement du côté des terrains non bâtis que doivent porter les prohibitions du décret de 1808, qui ont pour objet,non seulement de garantir la salubrité publique, mais de ménager autour des cimetières une zone de terrains libres qui en facilite l'agrandissement s'il était reconnu nécessaire.

A côté de cette première prescription, le décret de 1808 en porte une autre qui en est pour ainsi dire le complément naturel. Car s'il est à craindre que des miasmes plus ou moins dangereux ne vicient l'air et l'atmosphère des cimetières, il faut aussi empêcher que les cadavres en décomposition dans le sol, n'en viennent souiller les eaux. Aussi, l'article 1er fait-il défense de creuser aucun puits à moins de cent mètres des cimetières. La loi prend même à leur égard une disposition radicale, car l'article 2 ajoute : « Les puits existants peuvent même, après visite » contradictoire d'expertise, être comblés en vertu d'une » ordonnance du préfet, sur la demande de la police » locale. » Cette visite des experts, cette intervention de la police locale ont pour but de constater l'insalubrité des eaux du puits, ses dangers pour la santé publique.

Ces servitudes, nous avions raison de le dire, apportent des restrictions assez considérables aux droits des propriétaires voisins. Ceux-ci pourraient-ils prétendre qu'il y a là pour eux une véritable expropriation et qu'ils ont droit de ce chef à une indemnité ?

La doctrine et la jurisprudence sont aujourd'hui fixées presque unanimement dans le sens de la négative. Il n'y a en effet expropriation, et par suite, il n'y a lieu à indemnité préalable, qu'autant qu'un immeuble est enlevé à son propriétaire. Or, les servitudes dont nous parlons, n'emportent la dépossession d'aucun des immeubles qui en sont grevés. Elles ne constituent donc pas une expropriation dans le sens de la loi du 3 mai 1841, et de l'article 545 du C. C. (1).

D'ailleurs, nous sommes en présence de servitudes légales, créées à raison de l'utilité publique ; et, c'est un principe généralement reconnu aujourd'hui, que ces servitudes ne peuvent donner droit à aucune indemnité. « D'une part, dit M. Demolombe, (2) les différents articles du code civil qui consacrent les servitudes d'utilité publique, ne donnent à raison de ces servitudes aucune indemnité (articles 537, 544, 552, 649, 650) ; et leur silence à cet égard devient de plus en plus significatif, lorsqu'on les rapproche de l'article 545, qui impose au contraire formellement l'obligation d'une juste et préalable indemnité lorsqu'il s'agit de l'expropriation, c'est-à-dire de la cession forcée de la propriété elle-même, du *dominium*, pour cause d'utilité publique. D'autre part, il ne s'agit pas ici de véritables servitudes, mais de règles générales, communes et réciproques qui constituent l'état normal de

(1) Conseil d'Etat 24 Juillet 1856. D. P. 57. 3. 9.

(2) Cours de Code Civil, XI. n° 304.

la propriété, et qui sont les conditions inséparables de son existence telle que la loi elle-même la reconnaît et la consacre. »

La question, en ce qui concerne les cimetières, ne s'est point présentée souvent devant les tribunaux. Nous n'avons sur ce point que quelques décisions. (Nancy 30 mai 1843 — Conseil d'état 8 mars 1855 — Cass. 8 mai 1876) (1). Mais la jurisprudence a eu beaucoup plus fréquemment à s'occuper des servitudes militaires, des servitudes de voirie, etc., et dans tous ces cas qui sont absolument identiques au nôtre elle s'est toujours prononcée pour le principe de non indemnité.

La loi du 4 avril 1873, relative à la conservation des tombes des soldats morts pendant la dernière guerre, a admis, il est vrai, une indemnité pour les servitudes frappant les terrains environnant les lieux d'inhumation. « Les indemnités dues pour l'expropriation des terrains » d'inhumation, pour l'occupation temporaire de terrain » jusqu'à l'exhumation, et *pour les servitudes dont* » *pourront être frappés les terrains environnants*, » seront réglées par le jury conformément aux dispo- » sitions de la loi du 21 mai 1836. »

Mais le rapporteur de la loi, M. Mazeau, a formellement reconnu dans son rapport que c'était à titre d'exception et pour le cas particulier seulement dont on s'occupait alors. « En principe, dit-il, les servitudes d'utilité » publique, et notamment celles qui peuvent atteindre » les propriétés entourant les cimetières, n'ouvrent à » ceux qui en souffrent, aucune porte à l'indemnité. Ces » servitudes sont une conséquence de la vie civilisée, qui » expose tous les immeubles à des variations de valeur,

(1) Dalloz J. G. V° Culte n° 816 — D. P. 55 3. 52. — 76. 1. 252.

» selon que le cours imprévu des événements place dans » leur voisinage des établissements publics, qui tantôt » leur nuisent ou tantôt leur profitent... Votre commis- » sion n'a nullement entendu qu'il fût dérogé à cette » règle dans les circonstances ordinaires où elle doit » recevoir son application » (1).

Il est bon de remarquer que le principe de non indemnité ne s'appliquerait plus au cas où l'établissement du cimetière n'aurait pas été précédé des formalités destinées à garantir et à sauvegarder les intérêts des particuliers. Alors, en effet, ces servitudes ne deviendraient pas à proprement parler, servitudes légales, elles ne seraient point imposées par la loi. Si donc la translation n'avait pas été régulièrement faite, si, par exemple, elle avait eu lieu sans qu'aucun acte administratif ne fût intervenu pour l'autoriser, les propriétaires environnants auraient à coup sûr le droit de se plaindre des restrictions illégalement apportées à leur droit et de réclamer, de ce chef, une indemnité. La demande devrait être, dans ce cas, portée devant les tribunaux judiciaires.

Nous avons toujours supposé jusqu'ici, qu'il s'agissait d'un cimetière établi par une commune sur son propre territoire. Mais envisageons maintenant l'hypothèse d'un cimetière appartenant, non à la commune sur le territoire de laquelle il est situé, mais à une commune voisine. Les propriétaires des terrains qui seront grevés de servitudes pourront-ils réclamer une indemnité?

La Cour de cassation s'est prononcée dans le sens de la négative dans un arrêt du 8 mai 1876 (2), sur le rapport de M. le conseiller Petit. « Attendu, dit l'arrêt, que le

(1) D. P. 73. 3. 57 et 58.
(2) D. P. 1876. I. 252.

décret de 1808, qui interdit d'élever aucune habitation et de creuser aucun puits à moins de cent mètres des nouveaux cimetières transférés hors des communes, n'accorde pas d'indemnité ; que la prohibition générale et absolue qu'il établit étant dictée, non par un intérêt simplement communal, mais par un intérêt de salubrité pubblique, on ne saurait distinguer entre le cas où les nouveaux cimetières appartiennent aux communes, sur le territoire desquelles ils sont créés et sont affectés à l'inhumation des morts de ces communes, et celui où ils appartiennent à d'autres communes, et où ils sont affectés à l'inhumation des morts de ces autres communes. »

En vain prétendrait-on que le décret de 1808 supposait, comme celui de prairial an XII, que chaque commune avait son cimetière ; que par conséquent ce n'était qu'en vue de cette hypothèse que l'on pouvait appliquer le principe de la gratuité des servitudes (1).

Le seul fait de la création régulière du cimetière, quels qu'en soient d'ailleurs le propriétaire et la destination, suffit, aux termes du décret de 1808, pour entraîner la prohibition de bâtir ou de creuser. La loi est générale, elle ne fait aucune distinction : *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus.* Du moment qu'un cimetière est établi, il existe pour les propriétés environnantes un certain nombre de servitudes, et ces servitudes, étant d'utilité publique, ne peuvent donner droit à aucune indemnité.

(1) C'était l'avis de M. Batbie qui a rédigé une consultation dans ce sens.

CHAPITRE III

Propriété des cimetières

Après avoir étudié les conditions d'établissement des lieux de sépulture, nous avons à nous demander maintenant à qui ils appartiennent.

En ce qui concerne la plupart de ceux qui ont été établis depuis la Révolution, en vertu des prescriptions de prairial an XII, la question ne saurait guère donner lieu à aucune difficulté. L'article 7 du décret enjoint en effet « *aux communes qui seront tenues d'abandonner leurs anciens cimetières de s'en procurer de nouveaux* ». Ce sont donc les communes qui ont dû les acheter de leurs deniers, ce sont elles, par conséquent, qui sont propriétaires.

Mais le sont-elles nécessairement, et la fabrique d'une église dans une paroisse ne pourrait-elle l'être à leur place? Ne pourrait-elle acquérir par dons ou legs ou autrement, un terrain destiné à servir aux inhumations ? A vrai dire, on ne voit pas pourquoi au premier abord il n'en pourrait être ainsi. Cette propriété n'aurait rien d'incompatible avec le régime actuel auquel les cultes sont soumis.

La rigueur du droit l'a cependant emporté. Le conseil d'état refuse aujourd'hui et depuis longtemps, l'autorisation pour les fabriques d'accepter de pareils dons ou legs. Les personnes morales, dit-il, ont été créées par le

législateur dans un but précis et déterminé. Elles ne doivent pas s'écarter de leur destination ; partant elles ne sont aptes à recevoir et à posséder que dans l'intérêt des services publics qui leur ont été confiés. Or les fabriques ont été créées uniquement pour pourvoir à l'administration des paroisses et au service du culte. La loi, depuis le décret de prairial an XII, a toujours considéré le service des inhumations, la garde, la police et la surveillance des lieux de sépulture comme des attributions propres aux communes.

Il peut arriver en fait cependant, qu'avant que cette jurisprudence ne se soit trouvée définitivement fixée, l'autorisation ait été quelquefois accordée, et que des fabriques se soient ainsi trouvées réellement propriétaires des lieux de sépulture. Dans ce cas, suivant deux avis du conseil d'état, des 26 octobre 1825 et 15 mars 1833, la commune devrait être invitée à s'entendre avec l'établissement religieux et à lui rembourser le prix d'estimation du terrain afin de s'en assurer la propriété. — L'entente d'ailleurs, croyons-nous, sera toujours facile à obtenir, puisque d'une part, les fabriques ne peuvent consentir aucune aliénation, ni même aucun bail de plus de neuf ans sans autorisation administrative, et que d'autre part la fixation d'un tarif, la division du cimetière, en un mot l'organisation régulière d'un système de concessions ne peut émaner que du conseil municipal.

Quoiqu'il en soit, la présomption de propriété est toujours en faveur de la commune; cette présomption ne doit céder que devant des titres authentiques d'acquisition ou de donation. Les fabriques ne sauraient être admises à faire la preuve par d'autres moyens.

En ce qui concerne les anciens cimetières, ceux qui

existaient dès avant la Révolution, et qui ont continué depuis à servir aux inhumations, la question de savoir qui en est propriétaire est plus délicate, et a été fort discutée. Bien avant 1789 les cimetières ne formaient qu'une dépendance des églises ; comme elles, ils étaient la propriété des fabriques. Or, dit-on, l'arrêté du 7 thermidor an XII, qui a restitué à ces dernières tous les biens qui leur avaient été confisqués, a nécessairement compris les cimetières dans cette restitution.

La jurisprudence française n'a point admis cette manière de voir. Elle a toujours décidé que les cimetières étaient la propriété non des fabriques, mais des communes. Lors, en effet, que le décret de thermidor an XII restituait aux nouvelles fabriques les biens des églises, il exigeait que ces biens n'aient pas été aliénés, c'est-à-dire qu'ils fussent encore disponibles. Or, telle n'était pas la condition des cimetières ; ils avaient été, par suite de leur affectation, placés hors du commerce, et partant dans un état d'indisponibilité équivalant à une aliénation.

D'ailleurs, l'arrêté de thermidor n'avait qu'un seul but : faire cesser l'état de vassalité des fabriques à l'égard des communes, en leur procurant les revenus nécessaires pour subvenir aux frais du culte. Le ministre des finances Gaudin, dans une lettre en date du 11 Juin 1806, énonçait expressément que le gouvernement n'avait entendu restituer aux fabriques que les biens et rentes qui produisaient un revenu à l'Etat. Par conséquent, cette restitution n'a certainement pas pu comprendre les immeubles, que leur consécration à un usage public eût rendu improductifs entre les mains des fabriques (1).

(1) La jurisprudence belge qui avait jusque dans ces derniers temps reconnu le droit des fabriques est revenue sur cette opinion. Voir Cass. 3 mai 1879. Rev. gén. d'adm. 1879. II. 359. — Bruxelles, 21 juin 1880 — D. 81. 2. 11.

Mais alors, étant donné que les cimetières appartiennent aux communes, surgit le point de savoir s'ils font partie du domaine public ou du domaine privé communal. L'intérêt de la question est considérable ; le classement des cimetières dans le domaine public de la commune, entraînerait en effet pour eux l'imprescriptibilité, l'inaliénabilité et toutes les conséquences qui en découlent ; si l'on en fait, au contraire, des biens du domaine privé, leur condition sera la condition commune de la propriété en France.

La jurisprudence est unanime à décider qu'ils font partie du domaine public de la commune.

Cette opinion a été contestée par deux auteurs considérables, MM. Ducrocq (1) et Batbie (2). Les raisons qu'ils donnent à l'appui de leur système peuvent se ramener à deux principales.

Les cimetiéres font partie du domaine privé de la commune parce que, dit-on d'abord, « Les communes » y font des concessions, ce qui fait des lieux de sépul- » tures des biens productifs de revenus. » — A ce premier argument il est facile de répondre. Il n'y a rien d'incompatible entre la perception d'un revenu à propos d'un certain bien, et la domanialité publique. Jamais en droit, la circonstance qu'un bien est productif d'un revenu, n'a été considérée comme devant le faire classer parmi les dépendances du domaine privé. Il a toujours été reconnu au contraire, que l'administration avait le droit de tirer parti des choses du domaine public, soit en en percevant les produits en nature, soit en les donnant à bail. La loi du 20 novembre 1872 notamment, classe parmi

(1) Cours de droit adm. II. p. 573.

(2) Traité de dr. public et adm. V. p. 319.

les perceptions autorisées au profit de l'Etat les redevances à titre d'occupation temporaire ou de location, et les produits de toute nature du domaine public. « Ce » pouvoir d'ailleurs, dit M. Serrigny, est la suite et la » conséquence du droit de garde, de conservation et » d'administration que la loi des 22 décembre 1789 et » janvier 1790 (section 3 article 2 nos 5 et 6), donne à » l'Etat sur les propriétés publiques » (1).

On ajoute en second lieu que les particuliers peuvent acquérir sur les cimetières un droit *perpétuel*, ce qui est contraire à la domanialité publique. M. Ducrocq, qui développe surtout cet argument, part de ce principe que le droit concédé aux particuliers est un véritable droit de propriété. Mais ce n'est là, à notre avis, qu'une hypothèse qui méconnait, nous le verrons plus loin, la nature du droit des concessionnaires.

Nous démontrerons tout à l'heure, que l'acte de concession ne confère au titulaire qu'un droit de jouissance. Or, il n'y a là rien d'incompatible avec la domanialité publique, car qu'importe qu'un particulier ait un droit réel même perpétuel sur un bien quelconque du domaine public, si ce droit est conforme à la destination de ce domaine. Ainsi les propriétaires riverains de la voie publique, ont sur cette voie des droits réels d'accès, de jour, de vue, etc..., dont ils ne pourraient être privés que moyennant une juste et préalable indemnité. Pourquoi ? Parce que la destination de la voie publique est de donner l'accès, l'air, la lumière aux propriétés qui les bordent. — Les concessions même à titre perpétuel ne sont autre chose que l'usage, ou l'un des modes de l'usage

(1) Rev. critique 1871-72, p. 645.

auquel le cimetière est affecté par sa destination même. Par conséquent, malgré ces concessions les cimetières n'en sont pas moins des dépendances du domaine public communal.

Qu'en conclure ? Que les cimetières, comme toutes les dépendances du domaine public, sont imprescriptibles et inaliénables (Cass. 10 janvier 1844) (1), qu'on ne peut acquérir sur eux aucune servitude. C'est ainsi qu'il a été jugé que le propriétaire d'une maison ou d'un terrain contigu à un cimetière ne pourrait conserver, même en justifiant d'une possession plus que trentenaire, une porte donnant accès de sa propriété dans le cimetière (Cass. 20 juin 1863) (2).

(1) S. 1844. I. 120.

(2) D. P. 63. I. 381.

CHAPITRE IV

Produits des cimetières

§ 1. — *Fruits naturels*

Puisque la commune est propriétaire du cimetière, il semblerait en découler naturellement qu'elle en doive percevoir les produits et revenus. — Cependant l'article 36 § 4 du décret du 30 décembre 1809, attribuait aux fabriques les produits spontanés des cimetières. Cet article avait donné lieu à de nombreuses difficultés. Que fallait-il entendre au juste par produits spontanés ? Cette expression désignait-elle non-seulement les herbes, mais encore les arbres et arbustes ? Que décider quand les arbres avait été plantés par la commune ? Quid quand ils l'avaient été par les particuliers ? A qui appartenaient, à l'expiration des concessions, les pierres sépulcrales et autres objets placés sur les tombes ? Toutes ces questions avaient été la source de très fréquents conflits.

La loi du 5 avril 1884 a mis fin à toutes ces controverses. L'article 133 § 9 de cette loi attribue aux communes tous les produits que peuvent donner les terrains communaux consacrés aux inhumations. Il abrogeait ainsi implicitement l'article 36 § 4 du décret du 30 décembre 1809. Pour ne laisser à cet égard aucun doute sur sa pensée, le législateur a dans l'article 168 n° 5 de la loi de 1884 abrogé formellement cette disposition du décret de 1809.

Mais en même temps qu'il attribuait aux fabriques les

produits spontanés des cimetières, le décret de 1809 article 37 mettait à leur charge les dépenses d'entretien. Ces deux dispositions étaient considérées comme corrélatives et comme étant la conséquence l'une de l'autre. Et cependant, l'article 168 n'abroge point expressément cet article 37 comme il avait abrogé le § 4 de l'article 36. Est-ce à dire cependant que les fabriques, privées désormais du produit spontané des cimetières, vont néanmoins continuer à être grevées des dépenses de leur entretien? On l'a soutenu (1). C'est une omission dit-on, c'est une anomalie, qui tôt ou tard est appelée à disparaître ; mais la loi de 1884 n'en a pas moins laissé en vigueur l'article 37 du décret de 1809.

Nous ne pensons pas que cette opinion soit exacte. L'article 136 § 13 de la loi du 5 mai 1884 énumère en effet parmi les dépenses obligatoires des communes « la » clôture des cimetières, leur entretien et leur transla» tion dans les cas déterminés par les lois et règlements » d'administration publique. » — Cet article est assez compréhensif à notre avis, pour abroger l'article 37 du décret de 1809. Il n'est pas nécessaire, en effet, que toutes lesabrogations soient expresses. L'article 168 § 28 de la loi de 1884 contient une formule générale qui « abroge toutes les dispositions contraires à la présente loi. » C'est bien aussi d'ailleurs l'interprétation que l'administration entend adopter. « La loi municipale, disait le ministre de l'intérieur, en attribuant par son article 133 tous les produits des cimetières aux communes, et en abrogeant par ses dispositions finales l'article 35 § 4 du décret de 1809, a entendu exonérer les fabriques de l'entretien des lieux de sépulture, et mettre désormais cette

(1) Audibert. De la liberté des funérailles, p. 194.

dépense à la charge exlusive des communes. » (Circulaire du 15 mai 1884).

D'autre part, la nouvelle loi de 1884 dispense aujourd'hui de distinguer entre les dépenses ordinaires d'entretien et celles que nécessitent de grosses réparations, distinction souvent difficile et délicate, et qui avait soulevé bien des difficultés. Toutes les dépenses sans exception, sont actuellement à la charge des communes.

§ 2. — *Matériaux abandonnés*

A cette première source de revenus, les fruits naturels, il convient d'en ajouter une seconde. A l'expiration des concessions temporaires, lorsque les matériaux et autres objets provenant des tombes et monuments n'ont pas été réclamés, l'abandon en doit être fait aux communes.

Aux termes de l'article 3 de la loi des 22 novembre 1er décembre 1790 et des articles 539 et 713 C. C., ces objets devaient revenir au domaine de l'Etat, comme biens vacants et sans maître. Mais vu le peu d'importance de leur valeur, en vertu d'une décision du ministre des finances en date du 18 décembre 1843, ils sont aujourd'hui abandonnés aux communes pour être employés par elles à l'entretien des cimetières. Toutefois, avant d'en prendre possession, les administrations municipales doivent mettre les familles en demeure d'enlever dans un délai fixé les constructions existant sur les terrains dont la concession est expirée. Le ministre de l'intérieur dans sa circulaire du 30 décembre 1843, leur ordonne même de ne les faire enlever « qu'après avis itératif et une année révolue à » compter du jour du premier avertissement. » Il recommande en outre « de ne faire emploi de ces matériaux que » pour l'amélioration des cimetières. Des raisons de con-

» venance ne permettraient pas qu'ils fûssent vendus au » profit de la commune pour être employés à un autre » usage ».

§ 3. — *Des concessions*

Mais les produits naturels du sol, les anciens matériaux provenant des tombes abandonnées, sont en réalité des revenus bien peu rémunérateurs. Les cimetières constitueraient à vrai dire une charge excessive pour les communes, si elles ne trouvaient une source plus considérable de perceptions dans ce que l'on appelle les *concessions*.

Les articles 6 et 12 du décret de prairial an XII assurent à chaque particulier après sa mort, un repos d'au moins cinq ans. C'est la loi commune. « L'ouverture des » fosses n'aura lieu que de cinq années en cinq années. » Mais à côté de cette loi commune, il y a une loi de privilège et d'exception. « Lorsque l'étendue des lieux consa- » crés aux inhumations le permettra, il pourra y être fait » des concessions de terrains aux personnes qui désireront » posséder une place distincte et séparée, pour y fonder » leur sépulture, et celle de leurs parents ou successeurs, » et y construire des caveaux, monuments ou tombeaux. » Ainsi, lorsqu'un individu veut assurer à ses cendres un repos plus long que celui fixé par la loi commune, il peut obtenir de l'administration la concession d'un terrain dans le cimetière.

1° *Conditions de fondation des concessions*

Dans le principe, aux termes de l'article 11 du décret de prairial, ces concessions n'étaient accordées « qu'à ceux » qui offraient de faire des donations ou fondations en » faveur des pauvres ou hôpitaux, indépendamment d'une

» somme donnée à la commune. » — Cette règle n'était ni assez précise, ni assez déterminée.

De plus, ces fondations et donations « devaient être » autorisées par le gouvernement dans les formes accou- » tumées, sur l'avis des conseils municipaux et la propo- » sition des préfets. » Cette marche présentait de graves inconvénients, tant à cause des retards qui en résultaient pour l'obtention des autorisations réclamées, qu'en raison de l'embarras qu'occasionnait l'obligation de préparer et d'examiner des ordonnances spéciales à chaque affaire de ce genre, et la plupart du temps exigées pour des concessions d'un prix fort minime.

L'ordonnance du 6 décembre 1843 est venue modifier cet état de choses. Elle régit encore aujourd'hui toute cette matière. Elle divise les concessions en deux catégories : concessions perpétuelles d'une part, et concessions temporaires d'autre part. Celles-ci se subdivisent à leur tour en concessions trentenaires et en concessions temporaires proprement dites.

Ces dernières ne peuvent avoir une durée supérieure à quinze ans et elles se distinguent surtout des concessions trentenaires en ce qu'elles ne peuvent être renouvelées.

Les concessions trentenaires peuvent au contraire être indéfiniment renouvelées à l'expiration de chaque période, moyennant l'acquit d'une redevance, « qui ne pourra » jamais, dit l'article 3 de l'ordonnance, dépasser le taux » de la première. » — A défaut du paiement de cette nouvelle redevance, le terrain concédé fera retour à la commune. Il ne pourra cependant être repris par elle que l'année après l'expiration de la période pour laquelle il avait été concédé. Pendant la durée de toute cette année,

les concessionnaires ou leurs ayants cause pourront user de leur droit de renouvellement et acquitter les droits de prorogation.

Ces dispositions, toutes de faveur au profit des concessions trentenaires, s'expliquent facilement si l'on se reporte à la pensée du législateur de 1843. Le gouvernement voyait alors avec assez de répugnance les concessions perpétuelles. Une circulaire du 20 juillet 1841, adressée aux conseils généraux, avait même posé la question de leur suppression pour l'avenir. Elles n'avaient été maintenues, contrairement à l'avis du ministre de l'intérieur, que grâce à l'intervention du Conseil d'Etat. Les concessions trentenaires, remarquons-le, ont en effet une très grande analogie avec les concessions perpétuelles, puisque la faculté de les renouveler indéfiniment tend effectivement à en perpétuer la jouissance. Elles ont toutefois sur celles-ci l'avantage de ne pas engager absolument l'avenir, puisque le défaut du paiement de la redevance fixée, à chaque période de renouvellement, donne le droit à la commune de reprendre son terrain. On voulait donc déterminer la préférence des familles en leur faveur, et c'est pour cela qu'on leur accordait tous les privilèges que nous avons énumérés.

L'ordonnance de 1843 contenait une seconde innovation. « Des tarifs présentant des prix gradués pour les trois » classes de concessions énoncées en l'article 3, dit » l'article 11, seront proposés par les conseils municipaux des communes, et approuvés par arrêtés des » préfets. Les tarifs proposés pour les communes dont » les revenus dépassent 100.000 francs seront soumis » à notre approbation. » Par conséquent, l'intervention de l'autorité souveraine n'est plus nécessaire. C'est aux

préfets à approuver les tarifs lorsqu'ils auront été élaborés et réglés par les conseils municipaux. Notons en passant qu'il n'y a plus lieu de faire aujourd'hui la distinction proposée dans la dernière partie de notre article 11, entre les différentes communes. Le décret du 25 mars 1852 tableau A n° 47, accorde dans tous les cas aux préfets le droit d'approbation des tarifs.

Ces tarifs varient évidemment suivant les localités. Il est naturellement plus élevé dans les villes que dans les communes rurales. Il vient d'être modifié à Paris par un arrêté du préfet de la Seine à la date du 1er janvier 1886. Il y est établi de la manière suivante :

« Les deux premiers mètres se paient à raison de 250 francs le mètre. Au delà de deux mètres, chaque mètre excédant se paiera 1.000 francs. Au delà de quatre mètres jusqu'à six mètres, le prix sera de 1.500 francs le mètre. Enfin au delà de six mètres on paiera chaque mètre excédant le prix de 2.000 francs » (1).

Le prix des concessions une fois fixé est le même pour tous. Ce n'est pas cependant que dans une même ville les tarifs ne puissent varier suivant les cimetières. Cela a lieu notamment à Lyon et à Rouen. Mais, ce que nous voulons dire, c'est qu'il n'y a aucune distinction à faire entre les individus. Il n'y a même pas à se préoccuper si le concessionnaire est ou non étranger à la localité, s'il y est ou non domicilié. Nous n'avons jamais

(1) Ce tarif, qui a relevé les prix anciens, est cependant encore inférieur à celui d'un grand nombre de villes importantes de France et de l'étranger. — A Lyon, le prix d'une concession perpétuelle de deux mètres est de 1.200 francs dans le cimetière de Croix-Rousse, et de 3.600 dans celui de Loyasse. — A Bordeaux, une concession perpétuelle vaut 1.200 francs.

A Bruxelles, le prix d'une concession perpétuelle de deux mètres est de 800 francs. — A Vienne (Autriche) de 400 florins (soit 800 fr.).

connu en France les taxes perçues dans certains pays, comme en Belgique par exemple, pour l'inhumation des étrangers (1).

Les concessions étaient destinées, aux termes de l'article 11 du décret de prairial, à constituer des ressources au profit des pauvres et hôpitaux, en même temps qu'au profit de la commune. L'ordonnance de 1843 s'est bien gardée de supprimer cette double destination du produit des concessions. Elle s'est bornée à en faire la répartition d'une façon bien nette et bien déterminée. Elle en alloue les deux tiers à la commune, et donne l'autre tiers aux pauvres et aux établissements de bienfaisance (article 3).

L'ordonnance substituait le mot « *établissements de bienfaisance* » au mot « *hôpitaux* » du décret de prairial. On a prétendu dans ces dernières années, tirer argument de ce changement, pour donner à l'expression de l'ordonnance un sens plus large et plus compréhensif que celui que comportait le mot *hôpitaux*. Plusieurs conseils municipaux avaient cru notamment, pouvoir verser dans la caisse des écoles dont la loi du 28 mars 1882 prescrit la fondation dans chaque commune, le tiers du produit des concessions funéraires. La caisse des écoles, disaient-ils, a pour objet de secourir les élèves indigents par des dons de livres, de fournitures de classe, par des distributions de vêtements, etc. Elle a donc bien le caractère d'un établissement de bienfaisance. — Le ministre de l'intérieur consulté, a répondu qu'il ne pouvait partager cette manière de voir (2). Rien ne prouve, en effet, qu'en employant

(1) Il est vrai de dire que le ministre de l'intérieur de Belgique a décidé qu'il n'autoriserait plus désormais l'établissement de ces taxes, (Revue générale d'administration 1880. II. 221.)

(2) Revue générale d'administration. 1883. I. 457.

l'expression « *établissements de bienfaisance*, » l'auteur de l'ordonnance de 1843 ait voulu appeler au partage du revenu des concessions, d'autres établissements que ceux dont avait parlé le décret du 23 prairial an XII. Il semble au contraire qu'il ait eu exclusivement en vue les indigents des bureaux de bienfaisance et des hospices, établissements compris dans les mots « établissements de bienfaisance. » En effet, la circulaire du 30 décembre 1843, relative à l'exécution de l'ordonnance, ne prescrit de répartition du produit qu'entre la commune, les pauvres et les hospices. Or, si une modification avait été introduite sur ce point, si une nouvelle disposition avait été prise, cette circulaire n'aurait pas manqué de faire ressortir un changement aussi important pour les intérêts des établissements charitables.

Les caisses des écoles sauraient d'ailleurs difficilement être rangées parmi les établissements charitables. Elles ont pour but non de secourir les indigents, mais, comme le porte l'article I^er^ du modèle des statuts rédigé par le ministre de l'instruction publique, « de faciliter la fréquentation des écoles. »

Les concessions funéraires sont, on le voit, une source fort importante de revenus pour les communes. Celles-ci y trouvent un dédommagement des dépenses que leur occasionnent l'établissement et l'entretien de leurs cimetières. Aussi, sont-elles généralement portées à user de la faculté qui leur a été accordée par la loi. Toutefois, il est hors de doute qu'aucune loi ne les y contraint, et qu'aucune autorité supérieure ne saurait les y forcer.

2° *Nature et étendue du droit du concessionnaire*

Mais quelle est au juste la nature et l'étendue du droit

que la concession confère au concessionnaire? Nulle part le législateur n'en dit mot, d'où grosses controverses.

Plusieurs solutions différentes ont été proposées. Il est incontestable tout d'abord, que lorsque l'acte de concession s'explique à cet égard, la nature et les conditions du droit du concessionnaire doivent être déterminées d'après cet acte. Il forme un véritable contrat. C'est la loi des parties. — Mais il arrive souvent que l'acte ne dit rien, ou que ses énonciations restent dans le vague et l'indécision. Que faut-il décider dans ce cas ? Il n'y a pas moins de quatre systèmes en présence.

Dans une première opinion, soutenue par MM. Ducrocq et Batbie, on considère que la concession confère au titulaire un droit de propriété, propriété *sui generis*, il est vrai, ajoute M. Ducrocq, mais propriété aussi absolue que le comporte la nature des choses.

Nous n'insisterons pas sur ces mots *sui generis*. Tout en laissant pressentir des restrictions assez larges, ils sont de leur nature fort vagues et fort généraux. Ils n'ont que l'inconvénient, très réel d'ailleurs, de ne rien préciser ni définir.

Sans nous arrêter davantage à l'argument que M. Ducrocq prétend tirer d'une décision ministérielle qui porte « qu'on ne doit pas déplacer un monument funèbre dans un cimetière, pour la rectification du chemin d'accès sans le consentement du *propriétaire*, » il nous suffira de faire remarquer qu'il ne s'agit là que d'une décision ministérielle à qui il ne faut pas attacher d'autre importance. Il est d'ailleurs probable que le mot propriétaire a été employé ici sans donner une signification très précise à ce mot pour désigner le titulaire de la concession.

Mais comparons plutôt le droit de propriété avec le

droit du concessionnaire. La propriété est le droit illimité d'une personne sur une chose. Or le droit du concessionnaire, même à titre perpétuel, a-t-il ce caractère ? En l'examinant de près, on trouve au contraire qu'il est limité quant à la jouissance, quant à la durée, et quant à la disposition.

Il est limité quant à la jouissance, puisque le concessionnaire ne peut changer la destination du terrain concédé, qu'il est obligé de lui conserver l'affectation spéciale pour laquelle il lui a été accordé. — Il est limité quant à la faculté de disposer, puisque le terrain concédé ne peut être ni hypothéqué, ni affermé, ni aliéné par le concessionnaire. — Enfin il est limité quant à sa durée qui est seulement celle du temps pendant lequel le cimetière demeurera affecté aux inhumations.

On objecte, il est vrai (1), que le concessionnaire dépossédé recevra dans le nouveau cimetière un terrain de même étendue que le premier ; de cette façon dit-on « son droit, loin d'être anéanti, est transporté avec l'an-» cien cimetière lui-même dans le cimetière nouveau. » L'éventualité de translation c'est la condition de sa » propriété, condition posée par l'ordonnance de 1843, » exprimée ou sous entendue dans l'acte de concession. » Mais ce droit de retour ou de réversion, qui grève ipso facto la concession, n'est-il pas incompatible avec le caractère de perpétuité qui tient à la nature du droit de propriété ?

Enfin, une preuve encore que nous ne sommes pas en présence d'une véritable aliénation, qu'il n'y a pas eu transfert de propriété de la commune au concessionnaire, c'est qu'une aliénation ne pourrait avoir lieu sans que

(1) Conclus. du commissaire du gouvernement dans l'aff. Castangt. — Recueil des arrêts du Conseil de M. Le Bon, 1863. p. 266.

l'on ait rempli les formalités légales pour les actes de cette nature. Or nulle part la loi n'exige que l'acte de concession soit soumis à ces formalités, notamment à celle de la transcription.

Mais si l'acte de concession ne constitue pas une vente, ne peut-on du moins le considérer comme constituant au profit du titulaire un véritable bail?

On l'a soutenu avec quelque apparence de raison. On trouve, en effet, dans la concession toutes les conditions essentielles du louage : un prix à payer par le preneur, et la jouissance d'un terrain concédée par le bailleur. Peu importe que cette jouissance ait un caractère particulier, puisque c'est le seul que comporte la nature de la chose louée. Peu importe que le prix soit payé en une seule fois et d'avance, car c'est là une stipulation qui n'a rien de contraire à la nature du contrat de louage.—Cette opinion est soutenue par l'administration de l'enregistrement, qui distingue cependant entre les concessions perpétuelles qu'elle assimile aux baux à durée illimitée et qu'elle soumet à un droit de 4 pour 100, et les concessions temporaires auxquelles on applique le tarif de 20 centimes pour 100. Les concessions trentenaires sont rangées par elle dans la première catégorie (1).

Cette solution a été sanctionnée plusieurs fois par la jurisprudence, et notamment par des jugements des tribunaux de Lyon et de Clermont-Ferrand à la date des 5 avril 1865 et 5 février 1867 (2).

Et cependant les caractères du bail ne conviennent guère aux concessions de terrains. Qu'on lise les dispositions du code civil sur les baux à loyer et les baux à ferme,

(1) Instr. générale de l'enregistr. du 30 Juin 1846. D. P. 46. 3. 127.
(2) D. P. 67. 3. 63.

il n'y en a pas une seule qui puisse s'appliquer aux concessions. Le concessionnaire ni ses héritiers n'acquiérent personnellement aucun droit de jouissance sur le terrain concédé : le concessionnaire stipule seulement que les corps inhumés ne seront pas déplacés après le temps prévu pour la durée de l'occupation ordinaire. Enfin, le droit que la concession fait naître est tellement bien un droit réel, qu'aux termes de l'article 5 de l'ordonnance de 1843, les concessionnaires ont le droit d'obtenir, en cas de translation d'un cimetière, un terrain égal dans le nouveau cimetière (1).

Pour nous, le droit des concessionnaires est plus qu'un droit de bail, et moins qu'un droit de propriété. C'est, comme le disait le ministre de l'Intérieur, dans sa circulaire du 30 décembre 1843, « *un droit réel immobilier d'usage et de jouissance* ». En effet, qu'obtient le concessionnaire? Uniquement une prolongation du repos que la loi assure, mais pour cinq ans seulement, indistinctement à tous, et une garantie de durée pour le monument que chacun peut faire placer sur la tombe de celui qui lui fut cher; en un mot, il n'obtient qu'une prolongation du droit accordé à tous par le décret de prairial an XII. Or, ce droit, personne n'a jamais songé à le considérer comme attributif du droit de propriété. Le seul fait qu'il est prolongé pendant un temps plus long, ne saurait à vrai dire le faire changer de nature. Il reste ce qu'il est, ce que les lois et les ordonnances l'ont fait. D'autant plus, comme nous l'avons vu en réfutant le premier système, que les restrictions nombreuses auxquelles ce droit est soumis, se concilieraient difficilement avec les attributs ordinaires du droit de propriété.

(1) Championnière et Rigaud. Traité des dr. d'enregistr. IV. § 3593. et VI. § 825. — Guillouard. Traité du contrat de louage I. p. 20.

Le ministre de l'Intérieur à ces mots : « *droit d'usage et de jouissance* », ajoutait, « *avec affectation spéciale et nominative.* » Ces expressions achèvent de nous donner la notion exacte de la nature de la concession : elle se déduisait d'ailleurs naturellement de l'article 11 du décret de prairial, qui définissait la concession : « une » place distincte et séparée, pour y fonder la sépulture » du concessionnaire et celles de ses parents ou succes- » seurs. »

Il en résulte que le droit concédé est nominativement attaché à la personne, qu'il n'est point dans le commerce, et que par conséquent il ne peut faire l'objet d'aucune aliénation ni rétrocession à titre onéreux. Cette règle, conforme aux termes de la loi, est fondée sur des raisons d'ordre et de morale. Il répugnerait en effet de voir les concessions faire l'objet de transactions particulières où la spéculation jouerait un rôle plus ou moins considérable. Aussi cette solution est-elle sanctionnée par une jurisprudence constante. Lyon, 19 fév. 1855. D. P. 56. 2. 178, et sur pourvoi, Req. 7 av. 1857. D. P. 57. 1. 311. — Seine, 12 fév. 1876, rapporté dans le *Droit* du 13 fév. 1876. — Lyon, 30 juin 1877. D. P. 78. 3. 88. — Lyon, 7 juillet 1883. D. P. 85. 2. 34.

Cependant, un arrêt de la cour de Lyon, en date du 17 août 1880 (1), admet que le titulaire peut rétrocéder à des tiers la concession non encore utilisée, lorsque l'usage local le permet, et que les termes de la concession ne le défendent pas.

Cette décision ne saurait, croyons-nous, être admise qu'avec beaucoup de réserve. Le principe de la personnalité des concessions est fondé sur des considérations

(1) D. P. 81. 2.16.

d'ordre public. Il semblerait donc bien difficile d'admettre que des usages locaux puissent venir en modifier la nature et les applications.

Mais si la concession ne peut faire l'objet d'un contrat à titre onéreux, le titulaire peut-il du moins en disposer à titre gratuit? La jurisprudence s'est encore ici prononcée dans le sens de la négative, et elle a décidé que la concession ne pouvait être transmise à un tiers au moyen d'une donation entre vifs (Lyon, 4 fév. 1875) (1) « attendu, » dit l'arrêt, que cette donation aurait pour effet de per- » mettre au donataire de faire faire, du vivant même du » donateur, des inhumations dans le terrain de la conces- » sion ; que le donataire pourrait même, du vivant du » donateur, transmettre ce droit à un tiers, et celui-ci » à un quatrième ; qu'ainsi serait effacé le caractère de » personnalité que les lois ont attaché au droit dont » s'agit. »

Sans transférer ses droits sur la concession, le concessionnaire pourrait-il accorder à un tiers qui ne lui serait ni parent ni allié, la faculté de se faire inhumer dans le terrain concédé ? Dans la pratique, on permet au concessionnaire de faire inhumer non seulement ses parents, mais encore des personnes auxquelles ne l'attachaient que de simples liens d'affection ou de reconnaissance (Décis. min. int. n° 42) (2). Un arrêt du tribunal de la Seine, en date du 1er avril 1882, (3) s'est prononcé en ce sens. Il dit en propres termes « que si les terrains concé- » dés dans les cimetières sont placés hors du commerce, il » n'est point interdit aux concessionnaires d'y faire inhu- » mer leurs amis. »

(1) D. P. 77. 2. 166.
(2) Bulletin du ministre de l'intérieur. 1863. p. 289.
(3) D. P. 83. 3. 30.

Nous ne croyons pas cependant qu'il faille admettre cette décision. Les expressions de l'article 11 du décret de prairial « parents ou successeurs », ne nous semblent pas pouvoir admettre cette interprétation. Qu'on les retourne, qu'on les examine autant que l'on voudra, on n'arrivera jamais à y faire rentrer les simples amis du concessionnaire. D'ailleurs, les partisans de la jurisprudence sont obligés d'admettre, et ils le concèdent, que cette faculté serait subordonnée à l'approbation de l'autorité municipale, approbation ajoutent-ils, qui devrait toujours être refusée, lorsqu'il serait prouvé que l'on agit dans un but de spéculation. Mais un tel pouvoir d'appréciation donné à l'autorité municipale, est la négation complète du droit que l'on avait reconnu au concessionnaire. Un droit laissé ainsi au bon plaisir et à l'arbitraire d'une administration, ne saurait plus être considéré comme un véritable droit. C'est ce qu'a reconnu implicitement la cour de Bordeaux, par un arrêt en date du 9 mai 1883 (1).

Le droit d'inhumation qui appartient au concessionnaire, est cependant, aux termes mêmes du décret de prairial, transmissible à ses héritiers légitimes ou testamentaires. C'est de cette manière qu'il faut interpréter les mots « parents ou successeurs » qu'emploie l'article 11 du décret. Il a même été jugé par les arrêts de la Cour de Lyon du 19 février 1856 et de la Cour de cassation du 7 avril 1857, confirmés par un arrêt plus récent du 7 juillet 1883 (2), que le droit de tester était plus étendu ici qu'en toute autre matière ; que le concessionnaire d'un tombeau de famille, pouvait le léguer à l'un de ses enfants à l'exclusion des autres, alors même qu'il aurait épuisé la

(1) D. P. 85. 2. 120.

(2) D. P. 85. 2. 34.

quotité disponible par des dispositions antérieures. Les tombeaux, n'ayant pas de valeur appréciable en argent, ne doivent pas être compris dans la masse de l'hérédité pour le calcul de la quotité disponible et de la réserve.

Mais si avant sa mort, le concessionnaire n'avait pris aucune disposition sur ce point, le tombeau appartiendrait à chacun des héritiers dans la proportion de ses droits héréditaires.

Il en serait ainsi, alors même que le *de cujus* aurait exclu ses héritiers légitimes de sa succession. Le légataire universel qu'il aurait désigné pour recueillir ses biens, n'aurait, à ce seul titre, aucun droit sur le tombeau (Seine, 9 mai 1883) (1).

Chaque héritier aurait donc, même dans ce cas, le droit de faire inhumer les siens dans la concession, en se conformant aux prescriptions de l'autorité (Seine, 18 mars 1884) (2).

Mais il doit respecter les droits de ses cohéritiers ; aucune modification ne saurait être apportée à la jouissance commune que du consentement de tous. Ainsi par exemple, la cour de Bordeaux a décidé que l'un des communistes ne pouvait, sans l'assentiment des co-intéressés, modifier l'inscription qui avait été placée sur le tombeau par le père de famille (Bordeaux, 27 février 1882) (3). Ainsi encore, la cour de Rouen a jugé le 21 mars 1884 (4) que l'un des héritiers était fondé à réclamer la suppression d'une inscription apposée malgré lui sur le monument funèbre, et de nature à blesser ses croyances religieuses.

(1) S. 84. 2. 72.
(2) Revue générale d'administration, 1884. II. 332.
(3) D. P. 85. 2. 158.
(4) D. P. 85. 2. 30.

Tous les héritiers acquiérent donc sur le tombeau des droits dans la proportion de leur part héréditaire. Ils sont même à cet égard dans un état d'indivision qu'il ne leur appartient pas de faire cesser, car comme tous les biens voués de leur nature à une utilité commune, le tombeau de famille est affranchi de la règle de l'article 815 C. C. Les héritiers ne seraient donc pas admis à réclamer le partage ou la licitation d'une sépulture. Ces principes que la cour de Montpellier avait depuis longtemps (1) affirmés pour les tombeaux élevés dans un terrain privé, ont été étendus et à bon droit par un arrêt récent du tribunal de la Seine aux tombeaux de famille existant dans les cimetières publics (2).

Enfin, il est une dernière prérogative attachée au droit du concessionnaire. Les cimetières, nous l'avons vu, peuvent être déplacés ; mais ce déplacement ne doit point porter atteinte aux droits conférés par l'acte de concession. « Les concessionnaires, dit l'article 5 de l'ordon-» nance de 1843, ont droit d'obtenir dans le nouveau » cimetière, un emplacement égal en superficie au terrain » qui leur avait été concédé, et les restes qui y avaient » été inhumés seront transportés aux frais de la com-» mune. »

Ce texte est général ; il ne distingue pas entre les concessions perpétuelles trentenaires ou temporaires ; le droit d'exiger la translation appartient à toute famille en possession d'une concession qui n'est pas expirée.

Les frais de transport seront supportés par les communes, dit l'article 5 de l'ordonnance. La circulaire mi-

(1) 18 mai 1858. D. P. 59. 2. 181.

(2) Jugement du 9 mai 1883. S. 84. 2. 72. — Dans le même sens un arrêt de cassation de Turin du 9 novembre 1883. S. 85. 4. 7.

nistérielle qui suivit l'ordonnance de 1843, commentant cette disposition, disait « qu'il ne pouvait être question » que des frais matériels tels que le creusement des » fosses, le transport des restes, et au besoin, des maté- » riaux des tombes érigées sur les terrains abandonnés, » toute dépense accessoire de pompe funèbre ou autre » devant rester à la charge des familles. »

Il en résultait que les frais de reconstruction des tombes et tombeaux devaient être supportés par les concessionnaires. — C'est l'opinion qui a été admise par l'administration.

Une autre décision ministérielle, rapportée par le bulletin officiel du ministère de l'intérieur (1) adopte les mêmes principes, et un arrêté du conseil de préfecture du Nord du 8 septembre 1869 (2) a décidé que la commune n'est pas obligée en cas de fermeture du cimetière, à la réédification des tombeaux érigés sur les terrains concédés, ni au remboursement des frais de reconstruction de ces tombeaux dans le nouveau cimetière.

Telle n'a pas été l'opinion de l'autorité judiciaire. Par un jugement en date du 1er Juillet 1870 (3), le tribunal civil d'Agen a décidé que la commune était tenue envers les concessionnaires de faire, à ses frais, transporter les restes inhumés dans les terrains concédés et de les réinhumer dans des tombeaux exactement pareils à ceux existants, sauf à utiliser les matériaux provenant de la démolition de ces derniers.

Il faut bien reconnaître que cette solution est plus juste et plus équitable que celle proposée par l'adminis-

(1) 1870. n° 20. p. 206.

(2) Journal des conseils de Fabrique 1870 p. 164.

(3) S. 1870. 2. 299.

tration. En effet, puisqu'il n'est pas dans l'intention de la loi que le contrat de concession soit résolu au cas de translation de cimetières, la commune doit, aux termes du droit, réintégrer exactement le concessionnaire dans l'entier bénéfice qui résultait pour lui d'un contrat qui persiste. Or, le transport dont parle l'article 5 de l'ordonnance, comprend à la fois l'exhumation et la réinhumation. Tout le monde admet que ces deux opérations sont exclusivement à la charge de la commune quand il n'y a pas de tombeaux. Pourquoi soulever une difficulté quand il en existe ? La seule circonstance que les frais sont plus considérables en cette occasion, n'est pas un argument suffisant pour étayer cette distinction. D'autant plus que le but ordinaire et légitime du contrat de concession est l'érection d'un tombeau, ainsi que le décret de prairial an XII le reconnaît lui-même et le consacre en termes exprès dans les articles 11 et 12.

Peut-être d'ailleurs, l'administration n'est-elle plus aujourd'hui aussi sûre qu'autrefois de l'exactitude juridique de la solution qu'elle a donnée. — Lorsqu'il fut question, vers 1869, de la translation des cimetières de Paris, elle émit un avis conforme à la décision du tribunal d'Agen que nous avons rapportée tout à l'heure. A une date plus récente encore, en 1880, le préfet du département du Gers, dans le but, disait-il, d'éviter toutes difficultés, prescrivait d'insérer textuellement dans les actes de concessions, les réserves ou conditions suivantes : « En » cas de translation de cimetière, le concessionnaire » n'aura droit à aucune indemnité. La commune ne sera » tenue que de lui livrer dans le nouveau cimetière un » emplacement égal en superficie, et de faire transporter » les restes dans des fosses creusées à ses frais, ainsi

» que les matériaux des monuments funèbres. Les » dépenses de reconstruction de ces monuments resteront » entièrement à la charge de la famille (1). »

En un mot, et pour nous résumer, nous dirons que le concessionnatre a sur le terrain concédé un droit réél immobilier d'usage et de jouissance avec affectation spéciale et nominative. Que ce droit emporte pour lui, hors les modifications qui pourraient y être apportées par les clauses spéciales de la concession, la faculté de son vivant, de faire inhumer les personnes de sa famille qu'il désignerait, celle de se faire inhumer lui-même, celle de désigner par testament les continuateurs de son droit; enfin et en dernier lieu, celle d'obtenir en cas de fermeeture du cimetière, un emplacement d'égale surface dans le nouveau, la translation des restes déposés dans les anciens tombeaux, la reconstruction de ceux-ci dans leur ancien état.

Il nous reste une dernière question à résoudre. Entendu et défini comme nous l'avons fait, le droit du concessionnaire est-il susceptible de s'acquérir par prescription ? Les héritiers du défunt dont le corps aurait été inhumé depuis un certain temps dans un endroit réservé du cimetière où sa sépulture aurait été respectée, pourraient-ils en raison de ce fait, prétendre au droit conféré ordinairement au concessionnaire ? La négative ne nous paraît pas douteuse. En effet, en vertu du décret de prairial, l'autorité municipale, alors qu'il n'intervient pas d'acte de concession, ne doit accorder gratuitement la sépulture que pour cinq ans. Si elle accorde un délai plus long, c'est un acte de pure tolérance de sa part ; il ne saurait servir de base à une prescription. — D'ailleurs, il y a dans toute

(1) Revue générale d'administration, 1880. III. 240.

concession une mesure de police. L'intérêt public, le maintien de l'ordre et de la salubrité publique exigent l'intervention de l'autorité. C'est à elle notamment à voir si, étant donnée l'étendue du cimetière, il y a lieu ou non d'accorder des concessions ; à elle d'empêcher que l'espace consacré aux sépultures ordinaires ne soit envahi. Or, contre les règlements de police aucune prescription n'est possible.

Il faut remarquer toutefois, que si la concession ayant été réelllement accordée, il ne s'agissait plus que du paiement du prix de celle-ci, la prescription serait alors parfaitement admissible. Le concessionnaire (ou ses héritiers,) auquel on n'aurait pendant trente ans adressé aucune réclamation, serait fondé à invoquer la prescription. L'action de la commune pour se faire payer est en effet prescriptible comme toutes les autres actions.

CHAPITRE V

Police des Cimetières.

Si le droit de propriété des communes sur les cimetières a été quelqufois contesté, le droit de police et de surveillance a toujours été reconnu aux administrations municipales. C'est une innovation, et une innovation considérable du décret de l'an XII. En effet, avant cette époque, et dans tout notre ancien droit, la police des lieux de sépulture ne se trouvait bien nettement placée, ni dans la compétence de l'autorité religieuse, ni dans celle de l'autorité civile. Toutes deux pouvaient prendre et prenaient en effet les règlements qu'elles croyaient nécessaires au respect de ces lieux. Cette dualité avait amené d'assez nombreux conflits. Le législateur de l'an XII a voulu y mettre fin, en donnant dans chaque commune à l'autorité municipale, le droit exclusif de prendre les mesures d'ordre et de police qu'elle jugerait utiles.

Ce droit de police et de surveillance ne doit pas être confondu avec le droit de propriété qui appartient à la commune. On ne saurait même certainement, ainsi qu'on l'a quelquefois fait, tirer argument du premier au profit du second, puisque celui-ci existe non-seulement sur les cimetières publics, mais encore sur les sépultures privées. « Les lieux de sépulture, dit l'article 16 du décret de l'an » XII, soit qu'ils appartiennent aux communes, soit » qu'ils appartiennent aux particuliers, sont soumis à la » police des administrations municipales. »

Mais si le principe est bien net, la controverse com-

mence quand il s'agit, dans le domaine de la pratique, d'en déterminer les limites et d'en préciser l'application.

1° *En quoi consiste le droit de police de l'administration municipale*

Et tout d'abord, cela ne saurait faire aucun doute, l'autorité locale est chargée de veiller à l'exécution des lois et règlements généraux. Ainsi, c'est à elle qu'est confié le soin d'empêcher qu'il ne se commette dans les lieux de sépulture aucun désordre, ou qu'on ne s'y permette aucun acte contraire au respect dû aux morts. L'article 17 du décret prend soin lui-même de préciser ce point.

Nous avons vu que c'est à elle qu'appartient de droit, de faire respecter les règles concernant les inhumations les exhumations et les réinhumations. Mais en dehors même des exigences de la tranquillité et de la sécurité publiques, le maire peut prendre tous arrêtés qui lui paraissent utiles pour assurer le respect dû aux morts, ou la conservation des terrains destinés à les recevoir.

C'est lui qui désigne souverainement dans quel endroit du cimetière doivent être prises les concessions qui lui sont demandées. Autrefois, sous l'empire de l'article 15 du décret de prairial, il devait pour faire cette désignation, s'enquérir du culte que professait le défunt.

« Dans les communes où l'on professe plusieurs cultes, » disait cet article, chaque culte doit avoir un lieu d'in- » humation particulier, et dans les cas où il n'y aurait » qu'un seul cimetière, on le partagera par des murs, » haies ou fossés, en autant de parties qu'il y a de cultes » différents, avec une entrée particulière pour chacun, » en proportionnant cet espace au nombre d'adhérents de » chaque culte. »

Ce principe assurait à tous les cultes reconnus par l'État d'égales conditions d'indépendance et de respect. Il est vrai que le législateur n'avait pas prévu tous les cas, toutes les difficultés qui pouvaient se présenter. Mais même pour ces hypothèses on pouvait trouver une solution dans les articles 16 et 17 du même décret, qui investissent l'autorité municipale du droit et du devoir, de prendre toutes les mesures propres à empêcher les conflits et à protéger la mémoire des morts.

Aussi ne fut-ce pas sans provoquer une certaine émotion que fut votée l'abrogation de cet article 15. Les catholiques protestèrent au nom de leurs doctrines et de leurs croyances. D'après les règles du droit canonique, en effet, le cimetière est un endroit sanctifié et consacré qui ne fait qu'un avec l'église. « Sacris est canonibus insti- » tutum ut quibus non communicavimus vivis, non com- » municemus defunctis (1). »

Les membres dn consistoire israélite protestèrent non moins énergiquement. Les traditions de leur culte font du cimetière un lieu de réunions pieuses, où se pratiquent un assez grand nombre de cérémonies, et pour lequel ils ont des règles incompatibles avec le régime de la promiscuité. « Les cimetières, comme l'église, le temple et la syna- gogue, disait M. A. de Rostchild, président du consistoire, étant des lieux consacrés au culte, leur fusion en un seul ne peut pas plus être réclamée au nom de l'égalité, que celle des églises, des temples ou des synagogues » (2).

Quoiqu'il en soit, la loi du 14 novembre 1881 a supprimé l'article 15 du décret de l'an XII, et aujourd'hui il n'y a plus aucune distinction à faire suivant les cultes. Les

(1) Can. Sacris 12. Tit. 28., De Sepulturis. Lib. III. Décretal.
(2) Off. 1881. Doc. Parlem. du Sénat, p. 528.

seules divisions que l'on puisse encore faire dans les cimetières, sont celles que commande le bon aménagement du terrain, pour établir notamment la séparation entre les concessions perpétuelles et les concessions temporaires.

Le maire doit faire clore les cimetières « de murs ayant au moins deux mètres d'élévation, dit l'article 3 du décret. » Malgré cette prescription formelle de la loi, en raison des dépenses qu'aurait occasionnées son observation, les communes sont généralement autorisées à n'entourer leurs cimetières, que de haies ou palissades. Toutefois qu'on le remarque bien, c'est une pure tolérance de l'administration, tolérance qui pourrait toujours cesser d'un moment à l'autre.

Dans le cas où la clôture est faite conformément à la loi, la garde des clefs doit appartenir à l'autorité municipale ; cela lui est indispensable pour exercer son droit de police et de surveillance. Mais on s'est demandé si elles devaient être laissées aussi entre les mains du curé. La négative ne nous paraît pas douteuse. En effet, d'une part le cimetière appartient à la commune, et à la commune seule. D'autre part, l'administration municipale y est seule chargée de la police et de la surveillance. Or, ne serait-elle pas fondée à en décliner la responsabilité, si elle était tenue de remettre au curé une clef du cimetière ? C'est dans ce sens que le ministre de l'Intérieur a résolu la question. Il ajoutait toutefois, que si le cimetière entourait l'église, la clef devrait alors en être remise au curé (1),

L'ordonnance de 1843 a encore cru bon de faire rentrer nommément dans les pouvoirs de police du maire, le droit d'exiger que les inscriptions à placer sur les tombeaux,

(1) Décis. du minist. Bull. off. 1856. n°77. p. 249.

fussent préalablement soumises à son approbation (art. 6). Cette règle résultait déjà de la jurisprudence établie par une ordonnance rendue au contentieux, à la date du 7 février 1846. Elle ressortait implicitement d'ailleurs, du droit de police accordé à l'autorité municipale par l'article 16 du décret de prairial. « Une grande latitude, « disait le ministre de l'intérieur, dans sa circulaire du » 30 décembre 1843, doit être laissée au pouvoir munici- » pal. Une inscription même inoffensive, par cela seul » qu'elle pourrait servir de prétexte à des désordres, et » devenir une occasion de scandale et de troubles, doit » pouvoir être interdite. C'est au maire à juger s'il doit la » permettre ou la défendre. » L'autorité municipale est seule en état d'apprécier, car suivant le mot de Pascal : « Vérité en deçà des Pyrénées, erreur au delà » ; ce qui est ici inoffensif et anodin, peut devenir ailleurs, suivant les circonstances, inopportun ou dangereux.

Mais aucune autorisation n'est nécessaire pour faire placer sur la fosse d'un ami ou d'un parent, une pierre sépulcrale ou autre signe distinctif de sépulture (art. 12 du décret de l'an XII). Le maire ne pourrait même pas s'opposer à ce que des signes distinctifs de la religion à laquelle appartenait le décédé, soient placés sur sa tombe (1).

Le droit de police des maires embrasse encore le mode de transport des corps, sans préjudice du droit conféré aux fabriques des églises de fournir tout ce qui est relatif aux pompes funèbres (article 21 du décret de prairial). Il résulte notamment de cette disposition que la loi charge d'une manière expresse l'autorité municipale, de régler la

(1) Réponse faite à Mgr Freppel par le rapporteur du projet de loi à la Chambre, Séance du 26 février 1883.

police des convois funèbres sur la voie publique et dans les lieux de sépulture. Elle peut donc en fixer les heures, en tracer l'itinéraire, prohiber les quêtes ou toute autre manifestation qui ne serait pas compatible avec le maintien de l'ordre ou le respect dû aux morts.

Aussi la cour de cassation, par un arrêt du 23 janvier 1874 (1), a-t-elle déclaré légal et obligatoire, l'arrêté par lequel le maire d'une commune fixe les heures des convois funèbres, et spécialement des enterrements civils. — Il s'agissait dans l'espèce, d'un arrêté pris par le préfet du Rhône, arrêté ainsi conçu :

Article 1er. — Toute déclaration de décès, faite à l'officier de l'état civil dans la ville de Lyon, sera accompagnée d'une autre déclaration faisant connaître si l'inhumation du décédé aura lieu avec ou sans la participation des ministres officiants de l'un des cultes reconnus par l'Etat. Cette seconde déclaration sera consignée sur un registre et signée des déclarants, pour servir de base à l'application de l'article suivant.

Article 2. — A moins de circonstances exceptionnelles dont le maire sera juge, les inhumations faites sans la participation d'aucun des cultes reconnus par la loi, auront lieu savoir : à six heures du matin, du 1er avril au 30 septembre ; à sept heures du matin, du 1er octobre au 31 mars. Les autres heures du jour seront réservées aux autres inhumations.

Cet arrêté fut déféré à l'Assemblée Nationale, puis à la cour de cassation. On soutenait que d'une part, il violait la liberté de conscience, et que d'autre part, il constituait un empiètement sur le pouvoir législatif, en ajoutant une nouvelle formalité à celles exigées par le code civil. Mais

(1) D. P. 74. I. 225.

ni l'Assemblée Nationale, ni la cour de cassation ne se rendirent à ces objections.

La cour de cassation, se plaçant sur le terrain du droit, décida que l'arrêté du préfet du Rhône était parfaitement légal, « attendu qu'il ne blessait pas la liberté de conscience, puisque ce qui intéresse cette liberté, c'est l'assistance ou la non assistance de la religion; que cet acte restait parfaitement libre. »

Quant à l'objection tirée de la violation des articles 77 et 78 du code civil, la cour de cassation répondait en disant que le second de ces articles etait évidemment étranger à la question, et que la violation du premier n'aurait pu être alléguée, que si l'arrêté avait subordonné la délivrance du permis d'inhumation à la déclaration prescrite par son article premier, ce qu'il n'avait pas fait.

La nouvelle loi municipale du 5 avril 1884 a apporté sur ce point une limitation aux droits accordés au maire par les lois antérieures. L'article 97 § 4 porte en effet « qu'il » n'est pas permis d'établir des distinctions ou des pres- » criptions particulières à raison des croyances ou du » culte du défunt, ou » des circonstances qui ont accom- » pagné sa mort. » Dans ces conditions, un arrêté comme celui du préfet du Rhône ne pourrait plus être pris aujourd'hui sans constituer une violation de la loi.

C'est encore en vertu de ce droit de police qui lui est concédé, qu'un maire pourrait prohiber toute quête, cotisation ou collecte dans l'intérieur des cimetières. Le préfet de la Seine a pris un arrêté dans ce sens le 22 octobre 1879. (1)

Enfin, et nous arrêterons là notre énumération, le maire

(1) Revue générale d'administration 1876. III. 365. L'arrêté ne fait qu'une seule exception concernant les cotisations faites pour l'acqui-

règle et fait exécuter les travaux nécessaires au bon aménagement des terrains; il prescrit le tracé des chemins, la plantation des arbres, etc...

2° *Etendue du droit de police de l'administration municipale.*

Il s'agit de rechercher maintenant quelle est l'étendue du pouvoir de l'administration municipale. Nous avons à nous demander si celle-ci est souveraine dans ses décisions, ou bien si le législateur n'a pas donné contre elles aux particuliers certaines voies de recours.

Tout d'abord, il faut bien poser ce principe, que lorsque le maire agit dans la mesure des pouvoirs de police qui lui sont attribués, il le fait comme agent de l'autorité administrative. Ses actes échappent par conséquent au contrôle de l'autorité judiciaire.

Celle-ci serait par suite incompétente pour connaître d'une demande de dommages-intérêts dirigée contre le maire à raison d'un de ces actes. C'est ainsi qu'il a été jugé que le maire qui refuserait de délivrer un permis d'inhumer, d'autoriser une exhumation, de remettre les clefs du cimetière, agit comme fonctionnaire administratif et n'est point, pour ces faits, justiciable des tribunaux ordinaires (Paris, 18 juillet 1879) (1). Le principe de la séparation des pouvoirs s'y oppose (2).

sition sur place d'une concession temporaire. Mais alors le montant doit en être immédiatement versé entre les mains du conservateur du cimetière.

(1) Revue générale d'administration 1879. II. 450.

(2) Il y aurait lieu toutefois d'appliquer ici la distinction faite par le Tribunal des conflits et la Cour de cassation, qui décident que l'autorité judiciaire est compétente, lorsqu'aux actes que les fonctionnaires administratifs ont mission d'accomplir se mêlent des faits

Est-ce à dire cependant que les particuliers vont se trouver absolument désarmés devant les décisions de l'autorité municipale ?

Un grand nombre d'arrêts de jurisprudence, intervenus sous l'empire de la loi du 18 juillet 1837, décident que c'est ici le cas de faire l'application de l'article 15 de cette loi. « Dans le cas où le maire refuserait ou négligerait » de faire un des actes qui lui sont prescrits par la loi, » le préfet pourra, après l'en avoir requis, y procéder » d'office par lui même ou par un délégué spécial. »

La cour de cassation a sanctionné cette manière de voir par de nombreuses décisions. Des arrêts du 14 avril 1838, du 11 juillet 1856, du 28 mars 1862, reconnaissent que « les défenses prononcées par le maire sont obliga- » toires de plein droit tant qu'elles n'ont pas été réfor- » mées, s'il y a lieu, par l'autorité supérieure. » Un arrêt récent de la cour de Poitiers, du 30 mai 1884 (1), porte que « cette loi donne aux citoyens la faculté de déférer » à l'administration supérieure, les décisions de l'autorité » municipale qui font grief à leurs droits. »

Le Conseil d'État, les 27 décembre 1860 et 23 février 1861, a confirmé l'application fréquente en ces matières de l'article 15 de la loi de 1837 (2).

personnels ayant le caractère de fautes et pouvant donner lieu à des réparations civiles. — Cassation, 4 août 1880. D. P. 81. I. 464. — Conflits, 26 mars 81. D. P. 82. 3. 49. — Conflits, 9 août 1884. Revue générale d'administration, 1884. III. 199.

(1) D. P. 84. 2. 185.

(2) C'est à tort, selon nous, que l'on a interprété en faveur de l'opinion contraire un arrêt du conseil d'état à la date du 20 mai 1883 D. P. 84. 3. 106 (Ducrocq, note sous arrêt de Poitiers § 6. D. 84. 2. 193). Cette décision annule pour excès de pouvoir un arrêt préfectoral ayant accordé dans un cimetière communal une concession refusée par le maire. Mais elle ne dit aucunement ce qu'on veut lui faire dire ; elle ne dénie nullement aux particuliers la faculté de se

On est d'autant plus autorisé aujourd'hui à admettre cette jurisprudence, que l'article 85 de la nouvelle loi municipale du 5 avril 1884, reproduit textuellement l'ancien article 15 de la loi de 1837. On peut légitimement conclure de là que le législateur a voulu sanctionner l'interprêtation de la jurisprudence administrative et judiciaire.

Nous devons ajouter, qu'indépendamment de la disposition générale de l'article 85, la loi de 1884 contient une disposition nouvelle. Dans son article 93 § 4, elle porte que « le maire ou à son défaut le sous-préfet pourvoit d'urgence » à ce que toute personne décédée soit ensevelie et » inhumée décemment, sans distinction de culte ni de » croyance ». Cet article qui règle un point spécial, le péril possible des inhumations tardives, n'en a pas moins laissé subsister pour tout le reste la théorie générale écrite dans l'article 85.

Toutefois avant d'user de la faculté qui lui est accordée, par l'article 85 de la loi de 1884, le préfet doit mettre d'abord le maire en demeure d'agir. Cette mise en

pourvoir devant l'administration supérieure contre les actes de l'autorité municipale. Seulement, dans l'espèce qui lui était soumise, le conseil d'état a décidé que le préfet avait mésusé des pouvoirs qui lui étaient conférés par la loi. C'est dans ce sens qu'il dit « que la mesure dont il s'agissait, n'était pas de celles auxquelles il peut être procédé d'office par le préfet en application de l'article 15 de la loi de 1837 ».

Ce qui nous autorise surtout à interpréter de cette façon l'arrêt de 1883, c'est le soin avec lequel il a relevé dans ses considérants les circonstances desquelles il résultait que le maire avait offert au requérant un emplacement convenable. N'est-on pas pleinement fondé à induire de là que le conseil d'état ne s'est point refusé à reconnaître l'application de l'article 15 de la loi de 1837, et notamment que dans l'espèce, il aurait reconnu comme valable l'intervention du préfet, si le maire eût opposé au requérant qui lui demandait la concession, un refus arbitraire ?

demeure est nécessaire ; une simple invitation adressée par le préfet au maire d'avoir à prendre tel ou tel arrêté, ne saurait tenir lieu de cette réquisition ; de sorte que l'arrêté préfectoral, qui interviendrait à la suite d'une telle invitation, devrait être annulé comme entaché d'excès de pouvoir (Conseil d'état 8 février 1868) (1).

Mais à côté de ces recours à l'administration supérieure, faut-il admettre que l'on puisse s'adresser à la haute juridiction du conseil d'état?

Il y a deux espèces de recours au conseil d'état, le recours par la voie contentieuse et le recours pour excès de pouvoir ; cette distinction est élémentaire.

Les autorisations relatives aux inhumations, exhumations, réinhumations etc., rentrent dans l'exercice du droit de police et de surveillance, conféré à l'administration municipale en matière de sépulture. Il en résulte bien d'une façon générale, que ces actes ne sont pas susceptibles du recours au fond par la voie contentieuse (2). Il est de principe en effet, que les mesures de police prises par l'autorité compétente, ne donnent point lieu à pareil recours (3).

Mais à côté du recours par la voie contentieuse, il y a le recours devant le Conseil d'Etat pour excès de pouvoir. Ce recours s'applique à tout acte émané d'un organe quelconque de l'administration active, délibérante ou contentieuse (lois des 7 et 14 octobre 1790, et du 24 mai 1792). « Ni le décret du 23 prairial an XII, ni l'ancienne loi » municipale de 1837, ni la loi nouvelle de 1884, dit

(1) D. P. 68. 3. 9.

(2) Cons. d'Etat 26 fév. 1870. D. P. 70. 3. 81. — 20 janv. 1882. D. P. 83. 3. 47.

(3) Batbie. Traité de droit public et administratif. VII. n° 386. 6me édition.

» M. Ducrocq, ne dérogent à cette règle protectrice des » droits des citoyens et des familles, qui permet de » demander au Conseil d'Etat, l'annulation des actes de » l'autorité administrative entachés d'excès de pouvoir. » Cette restriction nous parait en contradiction avec » l'esprit et le but de l'institution. Plus la décentralisa- » tion administrative se développe, plus le législateur » augmente les attributions de l'autorité locale, plus il » nous paraît nécessaire de maintenir, de fortifier ce » principe libéral du recours pour excès de pouvoir, l'une » des sauvegardes des administrés et des minorités contre » les abus de pouvoir des administrateurs et des majorités, » sauvegarde aussi de l'intérêt public et de la loi. »

L'action du maire n'est donc pas dispensée de tout contrôle. Si dans la façon dont il accomplit sa mission, il n'observe pas les prescriptions légales, s'il viole les droits consacrés par ces prescriptions, la partie lésée est évidemment recevable à réclamer devant le Conseil d'Etat la reconnaissance de son droit. Ainsi par exemple, si la demande d'exhumation avait lieu parce que l'inhumation aurait été prescrite dans des conditions telles, qu'elle constituait une violation de la loi et du droit des concessionnaires, le maire ne pourrait, pour la rejeter, se retrancher derrière les pouvoirs de police qui lui sont conférés. Il n'y aurait plus, on le comprend, aucune garantie pour les particuliers, si toutes les fois qu'un ordre illégal a été donné, on opposait à la partie lésée, une fin de non-recevoir tirée des pouvoirs généraux de police accordés à l'administration.

Le Conseil d'Etat s'est rallié à cette doctrine dans plusieurs arrêts, notamment dans ceux des 8 février 1868 (D. P. 68. 3. 9) — 13 mars mars 1872 (D. P. 72. 3. 9.)

11 juin 1875 (D. P. 76. 3. 17.) Seulement la tendance du conseil d'état, surtout dans ces dernières années, est de ne pas admettre le recours pour excès de pouvoir, lorsque la loi ouvre une autre voie de recours, et que les parties peuvent faire valoir leurs droits d'une autre manière. En conséquence les particuliers feront bien, avant d'attaquer un arrêté du maire pour cause d'excès de pouvoir, de s'adresser d'abord, pour faire réformer cet arrêté, aux supérieurs hiérarchiques du maire, c'est-à-dire au préfet, puis au ministre.

CHAPITRE VI

Violations de Sépultures

Il nous reste, pour compléter notre étude, à voir comment le législateur a pris soin d'assurer le respect dû aux morts, et de les préserver des outrages dont leurs cendres pouvaient être l'objet.

Le législateur y pourvoit dans l'article 360 C. P. « Sera » puni d'un emprisonnement de trois mois à un an, et » de 16 à 200 francs d'amende, quiconque se sera rendu » coupable de violation de tombeaux ou de sépultures, » sans préjudice des peines portées contre les crimes ou » délits qui seraient joints à celui-ci. »

Cette disposition n'est point d'ailleurs une nouveauté. Nous avons vu, dans notre première partie, les peines rigoureuses que la loi romaine édictait contre ceux qui enlevaient ou dépouillaient les cadavres.

Notre ancien droit ne fut guère moins sévère. Seulement les peines y étaient arbitraires ; elles variaient suivant les circonstances de lieux et de personnes. Ainsi, si le crime avait eu lieu dans une église, s'il avait été accompagné de vol ou d'effraction, la peine pouvait être la mort ou les galères. On entendait dans un sens assez large le mot violation de sépulture. « Le crime de viole- » ment de sépulture, dit Jousse, se commet de plusieurs » manières : 1° En déterrant les cadavres ou en les tirant

» de leurs tombeaux pour faire des anatomies ; 2° En les » dépouillant de leurs vêtements pour les voler ; 3° En » détruisant les tombeaux, leurs épitaphes ou orne- » ments ; 4° En empêchant qu'une personne morte ne » soit enterrée ; 5° En frappant, blessant ou coupant » quelque membre d'un corps mort » (1).

En présence d'une disposition aussi peu explicite que celle de l'article 360 C. P., c'est dans notre ancien droit que nous devrons aller puiser les principes qui nous serviront à son application. La doctrine admet que la plupart des faits indiqués par Jousse, peuvent encore constituer le délit de violation de sépulture. Elle donne aux expressions *violations de tombeaux ou de sépultures* de l'article 360, le sens très large et très compréhensif qu'on leur donnait autrefois. « Ces mots doivent s'appliquer aux » restes de l'homme dès qu'ils sont ensevelis dans le » cercueil ; c'est à ce moment que l'inhumation com- » mence, que le cadavre revêt sa consécration ; il est » préparé pour la sépulture, il doit participer à la protec- » tion qui la défend des outrages... N'est-ce pas les restes » de l'homme et non le tombeau lui-même que la loi a » voulu protéger contre toute profanation (2) ».

La jurisprudence s'est ralliée à cette manière de voir. Dernièrement encore, la Cour de Paris, par un arrêt en date du 8 juillet 1875 (3), a décidé que le lit où repose le cadavre, les linges funéraires dans lesquels il est enseveli, la chambre mortuaire elle-même, doivent au même titre que le cercueil ou le tombeau proprement dits, être à l'abri de toute profanation et de toute violence; qu'en

(1) Jousse, tome III, p. 366.

(2) Faustin Hélie, Théorie du code pénal, IV. p. 384.

(3) D. P. 76. 2. 113.

conséquence, des actes de profanation commis sur le corps d'une femme ainsi ensevelie, constituaient le délit de violation de sépulture. Cette décision ne faisait d'ailleurs que confirmer une jurisprudence déjà ancienne, puisque dans un arrêt de la Cour Suprême du 22 août 1839 (1), on lisait ce considérant « attendu que les dispositions de » l'article 360, ont en particulier pour but, non seule- » ment les atteintes matérielles portées à la cendre des » morts, mais tout acte qui tend directement à violer le » respect qui leur est dû. »

Il ne faudrait pas cependant prendre le mot « acte », dans un sens trop général, et dire que tout acte qui porte atteinte au respect dû au mort, tombe sous le coup de l'article 360 C. P. Le délit de violation de sépulture suppose un *acte matériel* de violation. La loi n'a point défini cet acte ; elle a laissé aux juges l'appréciation de sa nature et de sa gravité. Ainsi la cour de cassation a jugé que le fait d'avoir, après s'être introduit dans un cimetière, frappé avec un bâton sur la tombe des morts, en se servant d'apellations réitérées et outrageantes pour la mémoire de ceux qui s'y trouvaient renfermés, constituait le délit prévu par l'article 360.

Mais si l'agent s'était borné à proférer des injures sans y joindre aucun fait matériel, nous ne serions plus dans les termes de cet article. Sans doute, ces paroles outrageantes, contraires au respect dû aux morts, pouraient encore faire l'objet de poursuites. Mais ce serait à un autre titre, et comme constituant un autre délit. Nous serions en présence, non plus d'une violation de tombeau, mais d'un délit de diffamation et d'injures, ce serait l'article 34 de la loi du 29 juillet 1881 qu'il faudrait

(1) S. 39. I. 928.

appliquer. Aussi l'arrêt de la cour de cassation de 1839, que nous venons d'indiquer, prend-il bien soin de faire ressortir cette circonstance de l'existence d'un fait matériel. « Attendu, dit-il, qu'il ne s'agit pas seulement de » paroles outrageantes et contraires au respect dû à la » cendre des morts, qui auraient été proférées en pré- » sence des tombeaux par l'un des moyens exprimés en » l'article 8 de la loi du 17 mai 1819, mais de gestes, » faits et actions commis sur les tombeaux eux-mêmes. »

Un fait matériel est donc nécessaire, quelque soit d'ailleurs ce fait, car comme le dit Blanche, l'article 360 a eu pour but « de réprimer tout acte physique qui tend » à violer le respect dû, non seulement aux dépouilles des » morts, mais encore aux tombeaux et aux sépultures. »

Aucune objection n'est faite du reste, en ce qui concerne ce premier élément du délit. Mais faut-il, en constatant l'acte matériel qui s'attaque à un tombeau ou à une sépulture, s'occuper de la pensée qui en a déterminé l'auteur. Blanche, dans ses « Études de droit pénal », décide que l'article 360 C. P., comme les articles qui le précèdent, ne prévoit qu'une contravention qui ne se justifie, ni par l'intention du délinquant, ni par le but qu'il se propose (1). La cour de cassation s'est plusieurs fois prononcée dans ce sens. Un arrêt du 3 octobre 1862 (2) décide notamment que « le fait pour un maire, en l'absence de » toute notification aux parties intéressées, d'avoir fait » extraire des cercueils de plomb, renfermant les restes » des personnes inhumées dans des fosses soumises à la » réouverture quinquennale, constitue une violation de » sépulture, alors même qu'il aurait agi dans la croyance

(1) Tome V. p. 382.
(2) D. P. 62. I. 446.

» erronée qu'il avait le droit de prendre possession de ces » cercueils au nom de la commune, pour en appliquer le » prix à l'entretien du cimetière communal. »

La cour de cassation était même allée plus loin. Aux termes d'un arrêt du 10 avril 1845, elle avait décidé que l'ouverture d'une tombe et l'exhumation d'un cadavre, alors même qu'elles auraient eu pour but de rendre les honneurs funèbres au défunt et de le réinhumer dans le cimetière constituaient le délit prévu par l'article 360 du C. P. (1).

Mais s'il n'y a pas à se préoccuper du but de l'agent, encore faut-il que l'acte incriminé, abstraction faite de toute intention, soit de nature à violer le respect dû aux tombes. Aussi dans un arrêt du 17 mars 1884 (2), la cour de cassation a admis que les parents d'une personne inhumée dans un tombeau de famille pouvaient supprimer dans des couronnes placées sur le monument par des tiers, des inscriptions ou des emblèmes en désaccord avec les croyances des membres de cette famille.

Il nous reste pour terminer ce chapitre à étudier une dernière controverse qu'a soulevée la rédaction de la dernière partie de l'article 360. Après avoir édicté la peine applicable aux violations de sépulture, l'article ajoute : « sans préjudice des peines contre les crimes ou » délits qui seraient joints à celui-ci »

Qu'est-ce à dire ? Il semble à la lecture de cet article que le législateur ait voulu, dans tous les cas où le délit de violation de sépulture se trouve concomiter avec un autre crime ou délit, soit celui de vol, soit celui d'injures, soit celui d'outrages à la morale, que les peines se cumulent.

(1) D. P. 1845. I. 252.
(2) D. P. 1885. I. 223.

C'est l'interprétation que la cour de cassation semble avoir donnée à cet article (1).

Les auteurs sont cependant d'accord aujourd'hui pour ne point lui donner un sens aussi rigoureux. Il est en effet un principe général, consacré par l'article 365 du Code d'Instruction Criminelle, et qui domine toute notre législation pénale. « Lorsqu'un individu est poursuivi à raison » de plusieurs délits, la peine la plus grave est seule » prononcée. » Toutes les fois, et elles sont rares, que le législateur a voulu déroger à ce principe, il l'a indiqué en termes nets et précis qui ne laissaient place à aucun doute. L'article 245 du Code Pénal en est un exemple. Notre article est-il assez formel et assez explicite pour nous faire admettre une pareille dérogation ? Nous ne le croyons pas. Il est vrai qu'il ne porte pas comme l'article 359, « Sans préjudice des peines plus graves, » ce qui, sans être absolument explicite, s'interpréte néanmoins facilement dans le sens de l'article 365.

« Mais, remarque M. Faustin-Hélie, ne doit-on pas » présumer que la phrase finale de l'article 360, exprime » la même pensée que celle des deux articles qui précèdent, » et que dans les trois cas, le législateur n'a voulu énoncer » qu'une réserve pour la poursuite d'un délit plus grave ? » Le rapprochement de ces trois articles, la conformation » presque identique de leur rédaction, l'expression dans » ces trois hypothèses d'une disposition analogue, doivent » porter à penser, que cette disposition a le même sens » et la même valeur (2),

Les termes de l'article 360 C. P. sont trop vagues pour

(1) Cass. 17 mai 1822. S. 1822. I. 71.

(2) Faustin-Hélie. — Théorie du code pénal IV. p. 485 dans le même sens. — Blanche V. p. 485.

nous permettre d'y trouver une dérogation au principe général de l'article 365 I. C. — D'autant plus, que si abstraction faite pour un moment de la lettre et du texte, nous recherchons les raisons qui auraient pu faire admettre une pareille exception par le législateur, nous n'en trouvons aucune qui soit de nature à la motiver ou à l'expliquer.

POSITIONS

Droit Romain

I. — Dans les obligations à terme, la seule échéance du terme ne suffit pas pour mettre en demeure le débiteur.

II. — La fidejussion qui intervient *in duriorem causam* n'est pas seulement réductible, elle est nulle pour le tout.

III. — Les *Justæ nuptiæ* ne se formaient pas à Rome par le seul consentement.

IV. — La *Litis contestatio* laisse subsister une obligation naturelle.

V. — Dans la vente, les risques sont à la charge de l'acheteur, *nec obstat* le brocard, *Res perit Domino*.

Droit civil

I. — Un individu légalement interdit peut faire un testament.

II. — Le bail ne confère au preneur qu'un droit personnel.

III. — La substitution *de residuo* n'est pas prohibée, et la charge de rendre *id quod supererit*, y doit recevoir son exécution aussi bien que la disposition principale.

IV. — La reconnaissance d'un enfant naturel faite dans un testament authentique subsiste malgré la révocation du testament.

Droit administratif

I. — Les cours d'eau non navigables, ni flottables ne sont la propriété de personne. Ce sont des *res nullius*.

II. — Le ministre est juge de droit commun du contentieux administratif au premier degré de juridiction.

Droit international privé

I. — Un tribunal français, pour donner l'*exequatur* à un jugement étranger, ne doit pas le réviser quant au fond.

Droit des gens

I. — L'individu qui a été l'objet d'une extradition volontaire peut être jugé sur des faits autres que ceux qui ont motivé son arrestation provisoire.

Vu par :

Le Président de la Thèse,

GEORGES LEBRET.

Le Doyen de la Faculté,

C. DEMOLOMBE.

POUR LE RECTEUR :

Le Vice-Président du Conseil Général de la Faculté,

J. MORIÈRE.

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

Pages.

Bibliographie du Droit romain. 11

INTRODUCTION. — Du culte des morts à Rome. — Idée que les Romains se faisaient de la vie future. 13

CHAPITRE I. — Conditions nécessaires pour qu'une *res* devienne *religiosa* 24

CHAPITRE II. — Comment une *res religiosa* cesse d'avoir ce caractère. 51

CHAPITRE III. — De la condition juridique des *res religiosæ*. 54

CHAPITRE IV. — Du Jus Sepulcri 58

SECTION I. — Ses éléments. 58

SECTION II. — Sa nature. 64

SECTION III. — Comment il est protégé 74

§ 1. — De l'interdit *de sepulcro ædificando vel reficiendo, vel perficiendo.* 75

§ 2. — De l'interdit *de mortuo inferendo* et de l'*action in factum* 77

Pages.

CHAPITRE V. — Protection des *res religiosæ*. — Répressions des violations de sépulture 85

§ 1. — A quelles conditions le *crimen sepulcri violati*, et l'*actio de sepulcro violato*, peuvent-ils être exercés ?. 86

§ 2. — A qui et contre qui compète l'action *de sepulcro violato ?* 90

§ 3. — A qui et contre qui compète le *crimen sepulcri violati ?* — Ses conséquences 95

§ 4. — Des amendes portées dans les inscriptions funéraires. 98

DROIT FRANÇAIS

Inhumations et Sépultures

Bibliographie du Droit français 105

PRÉLIMINAIRES 111

PREMIÈRE PARTIE. — Des inhumations 115

CHAPITRE I. — Avant l'inhumation. 115

Pages.

SECTION I. — Déclaration et constatation des décès 116

SECTION II. — Du permis d'inhumer 125

SECTION III. — Du règlement des funérailles . . . 132

§ 1. — Le défunt a manifesté sa volonté. . 134

1° Comment peut-il le faire ? — Comment le doit-il ? 134

2° Révocation de cette volonté, Expresse, — Tacite 143

§ 2. — Le défunt n'a pas manifesté sa volonté 147

1° Du conflit entre parents. 150

2° Qui tranche le conflit ?. 151

3° Solutions de la jurisprudence. . 154

CHAPITRE II. — De l'inhumation 161

§ 1. — Quand peut-elle être faite ? 161

§ 2. — Où doit-elle être faite ? 167

§ 3. — De la crémation. 169

DEUXIÈME PARTIE. — Des exhumations 183

§ 1. — Exhumation demandée par la famille 183

§ 2. — Exhumation par décision administrative 185

§ 3. — Exhumation par autorité de justice 189

§ 4. — Formalités relatives aux exhumations. 190

TROISIÈME PARTIE. — Des cimetières et autres lieux de sépulture 193

CHAPITRE I. — Sépultures particulières. 196

Pages.

CHAPITRE II. — Cimetières publics 207

§ 1. — Leur emplacement 207

1° Du choix du terrain 207

2° Formalités à remplir. 213

§ 2. — Leur agrandissement 223

§ 3. — Servitudes qu'entraîne leur voisinage 224

CHAPITRE III. — Propriété des cimetières 231

CHAPITRE IV. — Produits des cimetières. 237

§ 1. — Fruits naturels 237

§ 2. — Matériaux abandonnés 239

§ 3. — Concessions 240

1° Conditions de fondation des concessions. 240

2° Nature et étendue du droit du concessionnaire 245

CHAPITRE V. — Police et surveillance des cimetières 259

1° En quoi consiste le droit de police de l'administration municipale 260

2° Étendue du droit de l'administration municipale 266

CHAPITRE VI. — Violation de sépultures 272

POSITIONS 279

LILLE. — IMPRIMERIE VICTOR DUCOULOMBIER.